Der simulirte Prozess

Inaugural-Dissertation

welche

nebst den Thesen

mit

Genehmigung der Hohen juristischen Fakultät der Universität Breslau

Mittwoch, den 28. Mai 1902, Vormittags 11¼ Uhr

in der

Aula Leopoldina der Königlichen Universität

gegen die Herren Opponenten
Referendar **Bernhard Schaube** zu Breslau
Referendar **Gustav Rabs** zu Bernstadt in Schl.

öffentlich vertheidigen wird

Gustav Sintenis
Referendar bei der Kgl. Staatsanwaltschaft zu Breslau

ACAD. LEGUM RAT. BERL.

Berlin
Carl Heymanns Verlag
1902

Dem Andenken meines lieben Grossvaters,

des Oberlandesgerichtsraths

Dr. Heinrich Sintenis.

Inhaltsverzeichniss.

Seite

Einleitung.

§ 1. Abgrenzung des Themas 1
§ 2. Geschichte des simulirten Prozesses 5
§ 3. Ueberblick 7

I. Theil. Beschränkung der Simulation auf die Parteien.

1. Abschnitt. Der typische Scheinprozess.

§ 4. a) Abscheidung des typischen Scheinprozesses vom simulirten Prozess im engeren Sinne 8
§ 5. b) Rechtliche Bedeutung des typischen Scheinprozesses im früheren und im heutigen Recht 10

2. Abschnitt. Der simulirte Prozess im engeren Sinne.

§ 6. Vorbemerkung 14

A. Grundlagen für die Begriffsbestimmung des simulirten Prozesses im engeren Sinne.

I. Kapitel. Standpunkt der Rechtsverhältnisstheorie.

I. Wesen des Prozesses.

§ 7. 1. Der Prozess als Rechtsverhältniss 15
§ 8. 2. Die Dreiseitigkeit des Prozessrechtsverhältnisses . 18

II. Die Begründung des Prozesses.

1. Einseitigkeit der Prozessbegründung.

§ 9. a) Keine Mitwirkung des Beklagten 20
§ 10. b) Keine Mitwirkung des Gerichts 22

2. Rechtliche Struktur der Klage.

§ 11. a) Die Klage als Rechtsgeschäft 27
§ 12. b) Die Klage als empfangsbedürftige Willenserklärung 29
§ 13. III. Die Prozessvoraussetzungen im engeren Sinne. Die übrigen Prozesshandlungen. Ergebniss 32

II. Kapitel. Standpunkt der Gegner der Rechtsverhältnisstheorie. § 14 33

B. Rechtliche Natur und Behandlung des simulirten Prozesses im engeren Sinne.

I. Kapitel.

§ 15. Verhältniss des simulirten Prozesses im engeren Sinne zum gewöhnlichen Prozesse . 34

II. Kapitel. Praktische Behandlung des simulirten Prozesses im engeren Sinne.

§ 16. 1. Der Prozess bis zum Urtheil 45
§ 17. 2. Die Zwangsvollstreckung 49
§ 18. 3. Der Kostenpunkt. Möglichkeit einer Feststellungsklage 56

II. Theil. Betheiligung des Gerichts bei der Simulation.

§ 19. 1. Einverständniss des Gerichts und einer Partei . . 58
§ 20. 2. Einverständniss beider Parteien und des Gerichts 60

Die Dissertation gelangt gleichzeitig in der Zeitschrift für deutschen Civilprozess zum Abdruck.

Einleitung.

§ 1.

Abgrenzung des Themas.

Was ist simulirter Prozess? Es kann sich vorerst nicht darum handeln, eine wissenschaftliche Erläuterung dieses Begriffs zu geben. Vielmehr soll zunächst lediglich festgestellt werden, was wir unter dem Ausdrucke „simulirter Prozess" zu verstehen haben. Nothwendig ist dies, weil jener Ausdruck verschiedene Deutungen zulässt, und weil die Literatur des Civilprozessrechts sich so wenig mit ihm befasst hat, dass von einer einheitlichen Terminologie keine Rede sein kann. Giebt es doch bisher überhaupt keine zusammenhängende Darstellung der in Betracht kommenden Fragen; vielmehr finden sich dieselben nur hier und da angedeutet.[1])

Von Simulation im weitesten Sinne kann man überall da sprechen, wo Jemand wissentlich eine rechtlich bedeutsame Erklärung einem Anderen gegenüber abgiebt, die seinem inneren Willen zuwiderläuft, wo also der Aeussernde seinen wahren Willen vor Anderen verheimlicht. Man unterscheidet zwischen Mentalreservation und Simulation im engeren Sinne: erstere liegt vor, wenn der Erklärende den Erklärungsempfänger

[1]) Vornehmlich bei Degenkolb, Einlassungszwang und Urtheilsnorm S. 234ff. und bei Kohler, Der Prozess als Rechtsverhältniss S. 93f. Vgl. auch Gaupp-Stein, Kommentar zur C.P.O., 4. Aufl., Bem. I3 zu § 322, Entsch. d. R.G. Bd. 36 S. 249ff. und neuestens Engelmann, Der deutsche Civilprozess S. 125.

täuscht, indem er sich insgeheim vorbehält, das Erklärte nicht zu wollen (so die Terminologie des § 116 B.G.B.); letztere ist dann gegeben, wenn der Erklärende im Einverständnisse mit dem Erklärungsempfänger dritte Personen täuscht oder wenigstens einen Eindruck erweckt, der zu ihrer Täuschung geeignet erscheint.

Im Prozesse kommen nun eine ganze Reihe von Aeusserungen, Kundgebungen, Erklärungen vor, bezüglich deren zunächst dahingestellt sein soll, ob sie als Willenserklärungen, als Rechtsgeschäfte oder dergl. aufzufassen sind. Diese Kundgebungen, die man auch als Prozesshandlungen bezeichnet, gehen theils aus von einer der Parteien (Klage, Klagebeantwortung, Geständniss, Anerkenntniss, Verzicht u. s. w.) theils vom Gerichte (Verfügungen, Beschlüsse, Urtheile). Da wir drei Prozesssubjekte — das Gericht und beide Parteien — unterscheiden, so sind folgende Fälle von Simulation überhaupt im Prozesse denkbar:

1. Es simulirt ein einzelnes Prozesssubjekt einen Prozessakt, und zwar entweder

   a) das Gericht gegenüber den Parteien,
   b) eine Partei gegenüber der anderen und dem Gerichte.

2. Es simuliren zwei Prozesssubjekte einen Prozessakt, nämlich

   a) die Parteien gegenüber dem Gerichte,
   b) das Gericht und eine Partei gegenüber der anderen Partei.

3. Es simuliren beide Parteien und das Gericht gemeinschaftlich einen Prozessakt gegenüber ausserhalb stehenden dritten Personen.

Von vornherein ist klar, dass die Fälle 1 a, 2 a und 3, in denen das Gericht sich an der Simulation betheiligt, zu den allerseltensten gehören. Immerhin dürfen sie nicht *a priori* als undenkbar ausgeschlossen werden. Vielmehr lassen sich — ganz abgesehen von dem Falle, dass der Richter im Einverständnisse mit einer Partei oder mit beiden zusammen Andere betrügen will, — Thatbestände denken, bei denen ein schwacher Richter in wohlmeinender Absicht, vielleicht um den Parteien ander-

weite Kosten, Stempel und dergl. zu ersparen, seine Hand zu einem simulirten Verfahren bietet.[2])

Was nun die oben angeführten drei Möglichkeiten anlangt, so lässt sich die erste von ihnen (zu a und b) mit wenigen Worten erledigen. Selbst wenn sich nämlich eine der Parteien oder das Gericht bei einer Prozesshandlung insgeheim vorbehält, die erlassene Kundgebung nicht zu wollen, so kann doch dieser Vorbehalt von keiner Bedeutung sein. Es liegt dann ein Fall der reinen Mentalreservation vor. Die Nichtigkeit der letzteren ist aber im Privatrechte — von einzelnen Ausnahmen abgesehen — stets anerkannt worden und wird namentlich jetzt vom Bürgerlichen Gesetzbuch in § 116 ausdrücklich statuirt. Dies ist unbedenklich auf das Prozessrecht auszudehnen, um so mehr als die Civilprozessordnung selbst keine Bestimmung enthält, wodurch die Gültigkeit einer derartigen Erklärung beeinträchtigt würde. Die inneren Gründe, die gegen eine Beachtung der Mentalreservation sprechen, sind hier nicht nur ebenso stark wie im Privatrechte, sondern sogar noch gewichtiger, da es sich um öffentliches Recht handelt.

Anders verhält sich die Sache in den Fällen 2 und 3. Hier liegt stets ein Zusammenwirken Mehrerer vor, das zu eigenartigen Komplikationen führen muss.

Der weitaus häufigste und deshalb wichtigste Fall ist der zu 2b angeführte, und zwar wird regelmässig nicht nur ein einzelner Prozessakt, sondern der gesammte Prozess seitens der Parteien simulirt. Bei einem solchen Prozesse sind also die Parteien, und nur die Parteien, darüber einig, dass er lediglich zum Scheine geführt wird, bei ihm ist die Absicht der Parteien auf einen anderen Zweck als auf den des Rechtsschutzes, der Feststellung einer konkreten Rechtsnorm gerichtet. Ein Beispiel mag dies erläutern: Zwei Referendare, *A.* und *B.*, geraten in Meinungsverschiedenheit wegen einer juristischen Streitfrage, z. B. der Frage, ob die preussischen Lotterieverbote durch § 763 B.G.B. in civilrechtlicher Beziehung ausser Kraft gesetzt worden sind. Sie beschliessen

[2]) Das Nähere vgl. unten § 20.

die Streitfrage gerichtlich entscheiden zu lassen, und *A* reicht zu diesem Zwecke eine fingirte Klage ein, in der er von *B.* Zahlung des Kaufpreises für gelieferte Loose der Königl. sächsischen Lotterie fordert. *B* gesteht die thatsächlichen Behauptungen des *A* zu, bestreitet aber seine Verpflichtung zur Zahlung, da der abgeschlossene Vertrag wegen Verstosses gegen das oben erwähnte gesetzliche Verbot nichtig sei. Der Richter hält jenes Verbot in seinen civilrechtlichen Folgen für beseitigt und verurtheilt den *B.* Das Urtheil wird rechtskräftig.[3])

Der zuletzt gekennzeichnete, nur seitens der Parteien simulirte Prozess lässt sich wiederum in zwei Gruppen sondern. Man muss nämlich unterscheiden, ob die Parteien den Prozess benutzen wollen zur vertragsmässigen Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges, oder ob sie andere Zwecke dabei im Auge haben. Im ersteren Falle liegt ein sogen. typischer „Scheinprozess“ vor.[4]) Bei diesem ist eine Täuschungsabsicht der Parteien nicht wesentlich; vielmehr benutzen sie den Prozess nach Analogie der fiduziarischen Geschäfte. Wie bei den letzteren ein stärkeres Recht übertragen wird, als zu dem von den Parteien beabsichtigten wirthschaftlichen Erfolge nöthig ist (z. B. Eigenthum statt Pfandbestellung), so erlangen die Parteien durch das im typischen Scheinprozess ergehende Urtheil den Judikatsanspruch anstatt eines nur auf rechtsgeschäftlicher Basis beruhenden Anspruchs. Zugleich aber ist eben dadurch die Möglichkeit gegeben, den Prozess als Maske zu benutzen, unter der Rechtsgeschäfte abgeschlossen werden, und damit im Urtheil eine Form zu finden für solche Rechtsgeschäfte, deren Abschluss wegen des Mangels eines

---

[3]) Andere Beispiele simulirter Prozesse werden im § 2 angeführt werden. Hier sei noch der Fall erwähnt, den Degenkolb a. a. O. S. 242 Anm. 1 und Weizsäcker in der Zeitschrift für Civilprozess Bd. 27 S. 66 namhaft machen: Ein Schuldner, dessen Konkurs bevorsteht, lässt sich von einem Freunde verklagen, damit dieser eine Forderung im Konkurse geltend machen kann, deren Betrag er nach Beendigung des Verfahrens dem Gemeinschuldner zurückerstattet. — Ein praktischer Fall, der in die neueste Zeit fällt, ist enthalten in den Entsch. des R.G. Bd. 36 S. 249 ff. Das Nähere vgl. in § 15.

[4]) Die Ausdruckweise schliesst sich an Ihering, Geist des römischen Rechts Bd. 2 § 46, Bd. 3 § 28 an. Vgl. Degenkolb a. a. O. S. 235.

Formulars nicht möglich ist. Das Nähere wird noch im § 4 zu besprechen sein.

Was die zweiterwähnte Art anbelangt, wo die Parteien andere als rechtsgeschäftliche Zwecke verfolgen, so haben wir es in diesem Falle mit einem sozusagen rein muthwilligen, ja mitunter frivolen Missbrauche der Klage- und Prozessform zu thun, wie die beiden soeben (im Texte und in Anm. 3) genannten Fälle beweisen. Wir möchten diesen Prozess, der, wie wir sehen werden, für uns am bedeutsamsten ist, als „simulirten Prozess im engeren Sinne" bezeichnen.[5])

§ 2.

Geschichte des simulirten Prozesses.

Schon im älteren römischen Rechte taucht der simulirte Prozess im weiteren Sinne auf; ja man kann sagen, die Blüthezeit des simulirten Prozesses fiele in diese Periode der Rechtsgeschichte. Ist doch jenes Institut, welches die Römer benutzten, um solche rechtlichen Effekte zu Werke zu bringen, für die die ursprünglichen Formen des ältesten Civilrechts nicht ausreichten, ist doch die *in iure cessio* ein Scheinprozess, ein simulirter Prozess: die Parteien, unter einander völlig einig, treten vor den Magistrat, der Kläger behauptet Eigenthümer einer thatsächlich dem Beklagten gehörigen Sache zu sein; letzterer gesteht zu und verliert so den Prozess.[6]) Und zwar liegt hier der Fall des typischen Scheinprozesses vor. Die Parteien benutzen den Prozess zu rechtsgeschäftlichen Zwecken. Die Täuschungsabsicht ist Nebensache oder besser gesagt, sie ist überhaupt nicht vorhanden. Denn man darf wohl behaupten, dass Niemand bei dem ganzen Prozesse getäuscht wurde. Vielmehr wusste der Magistrat so gut wie jeder Dritte, dass die Parteien nur zum Scheine prozessirten, dass aber in Wahrheit ein Rechtsgeschäft unter der Maske

---

[5]) Die in Anm. 1 genannten Schriftsteller bezeichnen ihn kurzweg als „simulirten Prozess".

[6]) Allerdings spielt sich dieser „Prozess" lediglich *in iure* ab und endigt durch *addictio* seitens des Magistrats. Es kommt also nicht zur Litiskontestation und zum *iudicium*. Immerhin spricht man auch hier von einem Scheinprozesse.

des Prozesses abgeschlossen wurde, sei es eine Eigenthumsübertragung, sei es eine Adoption oder dergl. Es braucht hier nicht betont zu werden, welche grosse Ausdehnung die *in iure cessio* erhielt, wie sie auf allen möglichen Rechtsgebieten angewendet wurde, und welche ungeheure Bedeutung sie dadurch für die Weiterentwicklung des römischen Rechts erlangte.

Auch im deutschen Rechte findet sich der simulirte Prozess, und zwar gleichfalls in der Gestalt des typischen Scheinprozesses. Die Entstehung der Auflassung ist auf einen solchen Prozess zurückzuführen. Schon im fränkischen Königsgericht und später im Volksgerichte zeigen sich die Anfänge dieser Entwicklung, und im Mittelalter bildete sich dann ein Verfahren aus, welches mit der *in iure cessio* die grösste Aehnlichkeit aufwies: der Käufer vindizirte zum Schein das dem anderen Theile gehörige Grundstück und erlangte durch das Anerkenntniss des Gegners ein Urtheil, welches ihm das fragliche Grundstück zusprach. So war die Auflassung in ihrer damaligen Form „ein gerichtliches Urtheil, das auf Grund eines Scheinprozesses ergangen war.“[7])

Weiter tritt uns eine Art des simulirten Prozesses entgegen im mittelalterlichen italienischen Rechte. Hier wurde prozessirt, damit die Parteien durch das Urtheil eine recht sichere, unanfechtbare Urkunde über ein zwischen ihnen bestehendes Rechtsverhältniss in die Hand bekamen, woraus sich dann im Laufe der Zeit die *guarentigia* entwickelte. Es bestand kein Streit unter den Parteien, es war ihnen nicht um die Erlangung eines rechtskräftigen Urtheils an sich zu thun; der ganze Prozess vertrat vielmehr in diesem wie in dem soeben angeführten deutschrechtlichen Falle die Stelle, welche jetzt einen Theil der freiwilligen Gerichtsbarkeit bildet: ein Analogon der *instrumenta guarentigiata* stellen die heutigen Urkunden des § 794 Nr. 5 C.P.O. dar.[8])

[7]) So Laband in der Krit. Vierteljahresschrift Bd. 15 S. 408ff. Vgl. ferner Brunner in Holtzendorffs Encyclopädie der Rechtswissenschaft, 4. Aufl., S. 249, Schröder, Deutsche Rechtsgeschichte S. 271 und die dort Anm. 112 Zitirten.

[8]) Vgl. zum Vorhergehenden Briegleb, Die summarischen Prozesse S. 515f. Die angeführten drei Fälle des typischen Scheinprozesses aus

Was die neuere Zeit anlangt, so enthält das rheinisch-französische Recht ein interessantes Beispiel des simulirten Prozesses. Nach dem *code civil* Artikel 2123 verschafft das Urtheil dem obsiegenden Theile eine Generalhypothek an dem gesammten Vermögen des unterliegenden. Wollte nun Jemand ein besonders günstiges Pfandrecht erwerben, so konnte er dies am leichtesten durch einen Scheinprozess erreichen: er klagte seine Forderung ein, der Beklagte gestand zu, der Richter verurtheilte. Mit dem Urtheil erwarb der Gläubiger die Generalhypothek.[9]) Auch hier wird der Prozess nicht geführt um des rechtskräftigen Urtheils willen, sondern wegen einer Nebenwirkung desselben.

Dass endlich simulirte Prozesse auch gegenwärtig vorkommen können und thatsächlich vorkommen, beweisen einmal der Eingangs des § 1 angeführte Fall sowie ferner die bereits zitirte Entscheidung des Reichsgerichts Bd. 36 S. 249ff., endlich auch das in Anm. 3 erwähnte besonders aktuelle Beispiel.

§ 3.

Ueberblick.

Im ersten Theile der folgenden Abhandlung wird der lediglich seitens der Parteien simulirte Prozess ins Auge zu fassen sein, und zwar zunächst dessen Unterart, der „typische Scheinprozess". Zwei Fragen sind es, die uns bei diesem interessiren werden: einmal die Frage, ob der typische Scheinprozess von dem simulirten Prozess im engeren Sinne begrifflich zu trennen ist, und zweitens, ob im heutigen Rechte noch Raum ist für einen Scheinprozess, ob dieser sozusagen noch eine Existenzberechtigung besitzt, oder ob er bereits der rechtsgeschichtlichen Vergangenheit angehört.

Sodann wird auf den simulirten Prozess im engeren Sinne eingegangen werden. Es wird zu erörtern sein, ob der von uns aufgestellte Begriff des simulirten Prozesses im engeren Sinne zu trennen ist vom regulären Prozess, ob

dem römischen, dem deutschen und dem italienischen Rechte werden noch in § 4 erörtert werden.

[9]) So Kohler in Iherings Jahrbüchern Bd. 16 S. 110.

demselben eine ganz besondere Stellung eingeräumt werden muss, und ob sich im wirklichen Verlaufe des Prozesses andere Konsequenzen ergeben wie beim gewöhnlichen Prozesse. Insbesondere ist die Frage zu entscheiden, ob der im simulirten Prozesse verurtheilte Beklagte Mittel und Wege in der Hand hat, um die Wirkungen des Urtheils von sich abzuwehren.

Weiter wird im zweiten Theile auf die Frage eingegangen werden, wie ein Prozess zu beurtheilen ist, in welchem das Gericht sich an der Simulation betheiligt. Auch hier haben wir zwei Hauptfälle zu unterscheiden, wie sich aus dem in § 1 Gesagten ergiebt:

1. Es simulirt das Gericht im Einverständnisse mit einer Partei gegenüber der anderen.

2. Es simulirt das Gericht im Einverständnisse mit beiden Parteien gegenüber dritten Personen.

Für die Beantwortung aller dieser Fragen ist massgebend lediglich das Recht der deutschen Civilprozessordnung (in der Fassung vom 17. Mai 1898, welche übrigens gerade bezüglich der hier wesentlichen Punkte keine Aenderungen gegenüber der alten Fassung enthält).

I. Theil.

Beschränkung der Simulation auf die Parteien.

I. Abschnitt.

Der typische Scheinprozess.

§ 4.

a) Abscheidung des typischen Scheinprozesses vom simulirten Prozess im engeren Sinne.

Das besondere Merkmal des typischen Scheinprozesses ist bereits in § 1 angegeben: es liegt in der Benutzung des Prozesses zu rechtsgeschäftlichem Zwecke, wobei die Täuschungsabsicht der Parteien unwesentlich oder gar nicht vorhanden ist.

Der Scheinprozess unterscheidet sich dadurch vom simulirten Prozess im engeren Sinne, und zwar muss diese Unterscheidung als eine begriffliche angesehen werden.[10]) Beim simulirten Prozess im engeren Sinne wollen die Parteien weder die Prozessrechtsfolge noch eine sonstige Rechtsfolge überhaupt; es ist ihnen lediglich um irgend einen thatsächlichen Erfolg zu thun, sei dies nun Entscheidung einer interessanten juristischen Streitfrage, sei es Benachtheiligung der Konkursgläubiger durch Entziehung eines Theiles des gemeinschuldnerischen Vermögens, sei es etwas Anderes. Beim typischen Scheinprozesse dagegen wollen die Parteien zwar auch nicht die Prozessfolge, wohl aber irgend eine andere Rechtsfolge.

Noch deutlicher wird dieser Unterschied in die Erscheinung treten, wenn wir nach den Gründen forschen, die zum simulirten Prozess einerseits, zum typischen Scheinprozess andererseits führen. Der simulirte Prozess entspringt stets einem sozusagen perversen Bedürfnisse vereinzelter Personen, der Scheinprozess dagegen einem allgemeinen Verkehrsbedürfnisse. Nur wo ein solches vorliegt, sind wir berechtigt, einen Scheinprozess in dem oben karakterisirten Sinne anzunehmen; anderenfalls haben wir einen simulirten Prozess im engeren Sinne vor uns. Zur Erläuterung des Satzes, dass der typische Scheinprozess einem allgemeinen Verkehrsbedürfniss entspringt, sei auf die drei Beispiele dieses Prozesses verwiesen, die wir in § 2 angeführt haben: die *in iure cessio* des römischen Rechts, die Auflassung des deutschen Rechts in ihrer ursprünglichen Form und die Entstehung der *guarentigia* im mittelalterlich-italienischen Rechte. In allen drei Fällen ist der Grund für die Entstehung des fraglichen Prozesses ein Verkehrsbedürfniss, das Bedürfniss nach einem Formulare für solche Rechtsgeschäfte, die eines Formulars ermangelten und deren Abschluss eben wegen dieses Mangels nicht ins Werk gesetzt werden konnte. Es ist eine Eigenthümlichkeit jedes Rechts — speziell aber des römischen —, dass es in seinen Anfangsstadien möglichst wenig Formulare für rechtsgeschäftliche Zwecke enthält und dabei trotzdem formlose Geschäfte — wenigstens grundsätzlich — nicht zulässt.

[10]) Vgl. hierzu Degenkolb a. a. O. S. 239ff.

Mancipatio und *nexum* — das waren beinahe die einzigen privatrechtlichen Formulare des frühesten römischen Rechts.[11]) Diese genügten dem Verkehrsbedürfnisse bald nicht mehr. Statt nun neue Formulare zu schaffen, benutzte man in eigenartiger Weise auf Grund des Satzes: *confessus pro iudicato habetur* das bereits vorhandene Prozessformular für den Abschluss von Rechtsgeschäften. So entstand die *in iure cessio*.

Nicht wesentlich anders verhält es sich mit der Geschichte der Auflassung. Es fehlte im alten deutschen Rechte an einer Form für die Eigenthumsübertragung an Grundstücken, und doch bedurfte der Verkehr einer solchen Form. Auch hier erschien der Prozess als das geeignete Mittel, das fehlende Formular zu ersetzen.

Was endlich die *guarentigia* anlangt, so stellte sich im Mittelalter das Verkehrsbedürfniss nach sofort vollstreckbaren Urkunden heraus.[12]) Nun war das Urtheil eine vollstreckbare Urkunde, und es war leicht, es den Zwecken des Verkehrsbedürfnisses dienstbar zu machen. Man griff nämlich in allen den Fällen, wo man glaubte, ein Rechtsverhältniss durch eine vollstreckbare Urkunde sicher stellen zu müssen, zu dem Mittel des Scheinprozesses und erlangte so die gewünschte Urkunde.

Hieraus folgt: der Scheinprozess ist eine durchaus natürliche Art der Fortbildung des Rechts, der simulirte Prozess im engeren Sinne dagegen immer eine künstliche Machination. Es rechtfertigt sich daher, wenn beide Prozessarten gesondert behandelt werden. Im Folgenden wird sich nun ergeben, dass der typische Scheinprozess für das heutige Recht keine Bedeutung mehr hat, während dem simulirten Prozess eine solche nicht abzusprechen ist.

§ 5.

b) Rechtliche Bedeutung des typischen Scheinprozesses im früheren und im heutigen Rechte.

Wie sich aus dem im vorigen Paragraphen Gesagten ergiebt, fällt die Blüthezeit des typischen Scheinprozesses immer in das Anfangsstadium einer Rechtsperiode. Der Scheinprozess ist

[11]) Vom Familien- und Erbrechte wird hier abgesehen.

[12]) Briegleb, Die summarischen Prozesse S. 515f., Degenkolb a. a. O.

ein Mittel der Rechtsumbildung, der Schaffung neuer Formen. Denn die Entwickelung geht im allgemeinen den Weg, dass die Prozessform, die ja nur eine Maske war, abgestreift und eine neue besondere Form an ihrer Stelle geschaffen wird.[13]) So bedeutet der Scheinprozess ein Stadium der Unfertigkeit des Rechts. Je grösser die Freiheit im Rechte — und zwar sowohl die Freiheit im Abschlusse von Rechtsgeschäften als auch in der Form des Abschlusses — desto weniger Spielraum bietet sich für den Scheinprozess, desto geringer wird die Möglichkeit einer Bildung von Scheinprozessen.

Schon diese allgemeine Ausführung deutet darauf hin, dass in einem nach allen Richtungen entwickelten Rechtssysteme kein Boden für Scheinprozesse ist. Es dürfte keinem Zweifel unterliegen, dass unser modernes Recht sich als ein solches nach jeder Richtung ausgebildetes bezeichnen lässt.

Wir haben völlige Vertragsfreiheit; die einzigen Schranken, die derselben gesetzt sind, folgen aus dem Zwecke der Rechtsordnung selbst: Rechtsgeschäfte, die gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstossen, sind nichtig (§§ 134, 138 B.G.B.). Diese Schranken können aber auch im Wege des Scheinprozesses nie beseitigt werden; vielmehr würde es dem Wesen des Scheinprozesses — vertragsmässige Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges — durchaus widersprechen, diese Schranken zu beseitigen. Wo der Prozess zu derartigen Zwecken benutzt wird, liegt eben kein typischer Scheinprozess, sondern ein simulirter Prozess im engeren Sinne vor. — Desgleichen haben wir in unserem bürgerlichen Rechte auf den wichtigsten Gebieten fast völlige Formfreiheit. Hier wäre es jedoch möglich und denkbar, dass typische Scheinprozesse sich bildeten, um die immerhin noch bestehenden Formvorschriften zu umgehen. Es fragt sich indessen, ob das moderne Recht das Aufkommen eines Scheinprozesses überhaupt prinzipiell noch gestattet.

---

[13]) Der deutschrechtliche simulirte Prozess zwecks Uebertragung des Eigenthums an Grundstücken wurde später ersetzt durch die beiderseitige Erklärung der Kontrahenten vor dem Richter. An die Stelle des italienischen simulirten Prozesses trat die *guarentigia* u. s. w.

Jedes Recht hat in der Behandlung des Scheinprozesses völlig freie Hand.[14]) Die *voluntas legislatoris* ist entscheidend. Das objektive Recht kann den Scheinprozess anerkennen als eine gültige Form für den Abschluss gewisser Rechtsgeschäfte, für die es eine andere Form nicht giebt, oder für die die an sich vorgeschriebene Form zu beschwerlich ist. Es kann ihm aber auch diese Bedeutung versagen, womit er dann von selbst aus dem Rechtsgebiet ausscheidet. Denn diese Prozessart hat nur dann Lebenskraft, wenn sie vom Rechte in ihrer eigenthümlichen Gestaltung und ihren Wirkungen anerkannt wird.

Wie sich nun schon aus dem vorhin Gesagten ableiten lässt, ist das Recht in seinen Anfängen dem Scheinprozesse geneigt, in seiner späteren Entwickelung ihm abgeneigt. Das altrömische, wie das altdeutsche Recht billigten den Scheinprozess als solchen; desgleichen das mittelalterlich-italienische Recht in einer Zeit der Umbildung und Gährung. Das moderne Recht dagegen — so können wir behaupten — verwirft den typischen Scheinprozess. Ein Bedürfniss für ihn besteht nicht mehr. Die Formvorschriften des heutigen Rechts sind auf das geringste zulässige Mass beschränkt, in diesem Umfang aber unbedingt zu wahren. Eine Umgehung derselben kann die Rechtsordnung nicht dulden. Sollte sich wirklich einmal unter veränderten Verhältnissen ein Bedürfniss nach weiterer Erleichterung der Formen herausstellen, so bietet das moderne Recht dafür stets den Weg der Gesetzgebung, aber auch nur diesen Weg. Nimmermehr darf jedoch dazu der Scheinprozess verwandt werden.

Daraus folgt, dass es im modernen Rechte keinen typischen Scheinprozess mehr giebt, sondern dass es sich in allen Fällen, wo eine Klage zum Scheine erhoben wird, nur um einen simulirten Prozess im engeren Sinne handeln kann.

Es sei hier noch auf einen durchaus verwandten Fall hingewiesen, bei dem sich derselbe Unterschied zwischen dem altrömischen und dem modernen Rechte zeigt. In Rom kam es häufig vor, dass die Parteien die Form der Wette benutzten, um eine beliebige sie interessierende Frage vor das

[14]) Zutreffend Degenkolb a. a. O. S. 241.

forum zu bringen. *A* und *B* wetteten, ob ihr Nachbar *C* ein guter oder ein schlechter Mensch sei. *A* klagte demnächst die Wettsumme ein, der Richter entschied über die Wette und damit über die sittliche Qualität des *C*.[15]) Zwei Möglichkeiten sind denkbar: entweder die Wette war nur zum Scheine geschlossen — dann liegt ein rein simulirter Prozess vor;[16]) oder aber die Wette war an sich ernst gemeint insofern, als die Wettsumme thatsächlich ausgezahlt werden sollte, nur wurde der Wettbetrag so gering angesetzt, dass die Scheinnatur des ganzen Verfahrens auf der Hand lag (man wettete um einen Sesterz). Im letzteren Falle kann man von einem simulirten Prozesse nicht schlechthin reden; immerhin liegt ein Analogon desselben vor, da sich die Parteien doch nur den Anschein eines Geldinteresses geben, während letzteres in Wahrheit durchaus nebensächlicher Natur ist.

Dem ungeachtet entschied der römische Richter einen derartigen Prozess; der moderne Richter dagegen wird sich weigern, sein Urtheil zu fällen. Nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist ja die Wette nicht mehr einklagbar und damit diese Frage von selbst aus der Welt geschafft.[17]) Aber auch unter der Herrschaft des bisherigen gemeinen Rechts wäre m. E. der Richter befugt gewesen, die Entscheidung abzulehnen, wenn der Kläger auf Auszahlung einer Wettsumme von wenigen Pfennigen klagte und es zugestandenermassen nur darauf abgesehen war, den Richter zu einer Entscheidung über irgend eine die Parteien interessirende Frage zu nöthigen und so die richterliche Intelligenz zur Lösung der zweifelhaften Frage auszunutzen. Denn dann liegt Missbrauch des richter-

---

[15]) Belege in Kellers römischem Civilprozesse, 6. Aufl., S. 127.

[16]) Ein Fall der *sponsio mere praeiudicialis*. Im zweiten Falle liegt äusserlich eine *sponsio poenalis* vor; doch ist die Strafe so gering, dass das Verfahren eines präjudiziellen Karakter erhält.

[17]) Möglich wäre es allerdings, dass die Parteien, um den Anspruch klagbar zu machen, gegenseitige abstrakte Schuldversprechungen oder Schuldanerkenntnisse unter entgegengesetzten Bedingungen ausstellten. Allein sobald festgestellt würde, dass die fraglichen Urkunden lediglich zur Umgehung des Gesetzes ausgestellt sind, und dass ein klagloses Geschäft zu Grunde liegt, wäre der Fall nicht anders zu beurtheilen, als wenn auf Grund dieses Geschäfts unmittelbar geklagt wäre; die Klage wäre demnach abzuweisen. Vgl. § 762 Abs. 2 B.G.B.

lichen Ansehens vor,[18]) und der Richter ist nicht nur befugt, seine Entscheidung abzulehnen und die Parteien fortzuschicken, sondern er darf sie sogar wegen ihres ungebührlichen Verhaltens in Ordnungsstrafe nehmen. — Auch hier zeigt sich also derselbe Unterschied zwischen römischem und heutigem Rechte, wie bei der Behandlung des typischen Scheinprozesses.

Mit diesen Ausführungen erledigt sich von selbst jedes weitere Eingehen auf den typischen Scheinprozess, da dieser für das moderne Recht ohne Bedeutung ist. Wir können uns nunmehr dem simulirten Prozess im engeren Sinne zuwenden, der auch heute noch eine Rolle spielt (vgl. § 2 am Ende) und voraussichtlich nie ganz verschwinden wird.

2. Abschnitt.

Der simulirte Prozess im engeren Sinne.

§ 6.

Vorbemerkung.

Die Fragen, die in dem folgenden — wichtigsten — Theile der Abhandlung erörtert werden sollen, sind bereits oben (§ 3) formulirt: Besteht ein prinzipieller Unterschied zwischen simulirtem Prozess[19]) und regulärem Prozesse? Hat der im simulirten Prozesse rechtskräftig verurtheilte Beklagte einen Rechtsbehelf, um die Wirkungen des Urtheils abzuwehren?

Die erste Frage ist theoretischer, die zweite praktischer Natur. Was die theoretische Seite der Sache anlangt, so kommt es zunächst darauf an, das Wesen der Klage sowie der übrigen Prozessakte und des Prozesses im allgemeinen zu bestimmen. Denn nur dadurch wird es uns ermöglicht, zu ermitteln, ob der Begriff der Simulation auf die Klage, die übrigen Prozessakte und den Prozess überhaupt angewendet werden kann, m. a. W. ob hier streng genommen die Bezeichnung „simulirter Prozess“ zutreffend ist. Nur dadurch werden wir ferner in die Lage gesetzt, die Konsequenzen zu ziehen, die sich praktisch aus dem gewonnenen Begriffe des

[18]) Derselbe Gesichtspunkt wird noch in den §§ 10, 16 zur Sprache kommen.

[19]) Wo im 2. Abschnitte des I. Theiles kurz von „simulirtem Prozess“ gesprochen wird, ist stets der simulirte Prozess im engeren Sinne gemeint.

simulirten Prozesses ergeben. Es gilt also, zunächst eine Grundlage zu finden für die Darstellung des simulirten Prozesses durch eine Erörterung der Natur des Prozesses überhaupt.

Zwei Ansichten stehen sich in dieser Beziehung gegenüber. Die eine bezeichnet den Prozess als ein Rechtsverhältniss, die andere hält diese Bezeichnung entweder für verfehlt oder wenigstens für überflüssig. Der Verfasser steht auf dem Standpunkte der erstgenannten Auffassung; dieselbe soll daher im Folgenden zunächst ins Auge gefasst und von ihr aus sollen die Grundlagen für die Begriffsbestimmung des simulirten Prozesses gefunden werden. Sodann wollen wir uns jedoch auch auf den Standpunkt der anderen Auffassung stellen, und wir werden finden, dass das Endergebniss in den für uns erheblichen Punkten kein wesentlich verschiedenes ist. Die Frage, ob der Prozess ein Rechtsverhältniss ist oder nicht, spielt, wie sich herausstellen wird, bei der Begriffsbestimmung des simulirten Prozesses keine Rolle.

A. Grundlagen für die Begriffsbestimmung des simulirten Prozesses im engeren Sinne.

I. Kapitel.

Standpunkt der Rechtsverhältnisstheorie.

I. Wesen des Prozesses.

§ 7.

1. Der Prozess als Rechtsverhältniss.

Die Frage nach dem Wesen des Prozesses hat zuerst O. Bülow in ihrer vollen Bedeutung erkannt und beantwortet. Von ihm stammt der bekannte Satz: Der Prozess ist ein Rechtsverhältniss, ein Satz, der schon seit längerer Zeit als herrschende Meinung bezeichnet werden muss und nur noch von wenigen bestritten wird.[20]) Die für ihn angeführten

[20]) Bülow, Prozesseinreden und Prozessvoraussetzungen S. 1 ff. Ebenso u. A. Wach, Handbuch S. 34 ff. Kohler, Der Prozess als Rechtsverhältniss S. 1 ff., Engelmann, Der Civilprozess S. 32 ff. und neuerdings Der deutsche Civilprozess S. 176 ff., R. Schmidt, Lehrbuch S. 24. —

Gründe sind folgende: Gehen wir von der Definition des Rechtsverhältnisses aus, wie sie im Privatrechte gegeben wird: ein Rechtsverhältniss ist die rechtlich wirksame Beziehung einer Person zu anderen Personen (oder Sachen).[21]) Es ist klar, dass das „Rechtsverhältniss" in diesem Sinne nicht auf das Privatrecht beschränkt ist, sondern ebenso im öffentlichen Rechte vorkommt, z. B. als Rechtsverhältniss zwischen dem Staate und den Unterthanen. Wenn wir dies berücksichtigen, kann es aber auch nicht zweifelhaft sein, dass der Prozess ein Rechtsverhältniss ist. Denn er stellt zum mindesten zwischen den Parteien (von der Stellung des Gerichts wird noch besonders die Rede sein) eine Beziehung her, welche rechtliche Wirkungen im Gefolge hat: Der Kläger erlangt durch das Urtheil, in welchem der Prozess sein Endziel erreicht, das Recht, vom Beklagten die Erfüllung eben dieses Urtheils zu verlangen, m. a. W. er erhält das Recht auf die Zwangsvollstreckung; der obsiegenden Partei steht ein Anspruch auf Ersatz der Prozesskosten zu u. s. w. — Dieses Prozessrechtsverhältniss ist ein publizistisches, ein spezifisch prozessuales.

And. Mein. Planck, Lehrbuch S. 199 ff. Schultze, Privatrecht und Prozess S. 287. Fischer in der Zeitschrift für Civilprozess Bd. 10 S. 430. Bekker, System des heutigen Pandektenrechts Bd. 1 S. 46. — Die Gründe der Gegner sind im einzelnen nicht übereinstimmend. Schultze sieht den Prozess nicht als ein Rechtsverhältniss, sondern als eine Mehrheit von Rechtsgeschäften an, welche ihrerseits Rechtsverhältnisse erzeugen. Nach Planck ist der Rechtsstreit als solcher kein Rechtsverhältniss, aber er erzeugt Rechtsverhältnisse zwischen den Parteien einerseits und dem Gericht andererseits (nicht auch zwischen den Parteien untereinander). Der Rechtsstreit — so sagt Planck — ist eine zur Erreichung eines bestimmten Endziels vom Gesetzgeber planmässig geordnete Reihenfolge von Handlungen des Gerichts und der Parteien.

Bekker betont — und ihm ist Fischer beigetreten —: Der Prozess sei ein „*procedere*", ein Vorgang oder eine Summe von Vorgängen, darum kein Verhältniss, insonderheit kein Rechtsverhältniss. Nur die Folgen des Prozesses wären mit dem Namen Rechtsverhältniss zu bezeichnen.

Es ist hier nicht am Platze, auf diese Gründe einzugehen. Die einschlägigen Fragen sind oft genug behandelt; vgl. die Zitirten und viele Andere. Es wird daher im Texte nur die hier vertretene Auffassung kurz gekennzeichnet.

[21]) So ziemlich übereinstimmend die heutige Lehre. Vgl. z. B. Dernburg, Pandekten Bd. 1 § 40 und Engelmann, Das bürgerliche Recht, 2. Aufl., S. 37.

ähnlich wie das Rechtsverhältniss zwischen Staat und Unterthanen ein spezifisch staatsrechtliches ist. Daneben spielt im Prozesse das unter den Parteien streitige Privatrechtsverhältniss eine Rolle. Von dem Vorhandensein dieses letzteren kann man freilich nicht schlechthin reden; es ist möglich, dass es besteht, es ist aber auch möglich, dass es nicht besteht. Gerade seine Existenz oder Nichtexistenz soll erst im Prozesse festgestellt werden.[22])

Das Prozessrechtsverhältniss ist nach der herrschenden Meinung ein einheitliches Rechtsverhältniss, keine Mehrheit von Rechtsverhältnissen. Zwar können auch im Prozesse neben dem Prozessrechtsverhältnisse noch andere prozessuale Rechtsverhältnisse vorkommen, wie das des Nebenintervenienten; allein diese ordnen sich dem Prozessrechtsverhältniss unter. Letzteres bildet daher eine Einheit so gut wie das Sozietätsverhältniss, mit dem man es treffend verglichen hat.[23]) Ist der Prozess einmal zur Entstehung gelangt, so entwickelt er sich in einheitlicher Weise; die Prozessbegründung bildet den grundlegenden Faktor, auf dem sich das weitere Verfahren aufbaut. Am deutlichsten zeigte sich dies im älteren römischen Rechte, wo der Zeitpunkt der Prozessbegründung, d. i. der Litiskontestation, auch in materieller Beziehung massgebend war für die Verurtheilung oder Absolvirung des Beklagten.[24]) Wenn man dies später aufgegeben hat und auch heute davon Abstand nimmt, so hat man nur einem Bedürfnisse des materiellen Rechts Rechnung getragen; das prozessuale Prinzip

[22]) Die Verkennung dieses Unterschieds zwischen Privatrechts- und Prozessrechtsverhältniss ist m. E. die Ursache der abweichenden Meinung Plancks; vgl. namentlich S. 199, 201 am Ende.

[23]) So Wach a. a. O. S. 36, Kohler a. a. O. S. 2.

[24]) Ueberhaupt ist für das römische Recht die Auffassung des Prozesses als eines Rechtsverhältnisses nach Wlassaks Forschungen nicht mehr zu bezweifeln (vgl. Litiskontestation S. 59 ff., Römische Prozessgesetze Bd. 2 S. 355 ff.). Denn dort kam der Prozess zustande durch einen Parteivertrag, eben die Litiskontestation; das materielle Rechtsverhältniss wurde dadurch novirt und konsumirt. Heute entsteht der Prozess durch den einseitigen Akt der Klageerhebung. Dies beweist aber nichts gegen die Natur des Prozesses als eines Rechtsverhältnisses; denn Rechtsverhältnisse können auch durch einseitige Rechtshandlungen oder Rechtsgeschäfte begründet werden.

der Einheitlichkeit ist nichts destoweniger bestehen geblieben und gilt insbesondere für den heutigen deutschen Prozess der Civilprozessordnung.[25]) Diesem Prinzip entspringt vor allem der Satz: ohne Klage kein Urtheil. Und auf ihm beruht auch das Verbot der Klageänderung, ein Verbot, das zwar durch die Novelle zur Civilprozessordnung eine Abschwächung erfahren hat, wobei aber nicht vergessen werden darf, dass diese in der That anerkennenswerthe Neuerung lediglich aus praktischen Gesichtspunkten entsprungen ist: bezweckt sie doch Verminderung der Prozesse und Abwehr gegenüber chikanösen Einwendungen.

Die Einheitlichkeit des Prozesses hindert übrigens nicht, dass das Prozessrechtsverhältniss ein sich fortentwickelndes, stufenweise fortschreitendes ist;[26]) es gleicht auch darin der Gesellschaft. Sein Endziel erreicht es in dem Urtheile, woran sich möglicherweise als besonderes Stadium die Zwangsvollstreckung schliesst, ähnlich der Liquidation bei der Gesellschaft. Auch die Zwangsvollstreckung gehört noch zum Prozesse; und keineswegs wird die Einheitlichkeit desselben durch sie gestört. Vielmehr steht die Vollstreckung ganz und gar auf der Grundlage, die durch den Verlauf des Prozesses bis zum Urtheile geschaffen worden ist, was sich sogar in materieller Beziehung äussert (§ 767 C.P.O.).

§ 8.

2. Die Dreiseitigkeit des Prozessrechtsverhältnisses.

Ist somit der Prozess ein Rechtsverhältniss unter den Parteien, so fragt es sich noch, welche Stellung das Gericht dabei einnimmt. Mit Recht geht die allgemeine Auffassung dahin, dass auch das Gericht in dem Prozessrechtsverhältnisse steht, dass letzteres also ein dreiseitiges Rechtsverhältniss ist.[27]) Denn mit der Entstehung des Prozesses erwirbt der

[25]) Das Prinzip war verblasst, wo nicht aufgegeben, im gemeinen Prozesse; daraus erklärt sich das Unnatürliche dieser Verfahrensart.

[26]) S. auch Bülow a. a. O. S. 2f., u. Andere.

[27]) So zuerst Bülow a. a. O., später Wach und die meisten anderen. Vor Bülow galt übrigens bereits der Spruch: *Processus est actus trium personarum.* Ueber den Rechtsschutzanspruch vgl. namentlich Wach, Handbuch S. 19, 21 ff. Feststellungsanspruch S. 15 ff.

Kläger den Rechtsschutzanspruch, erwirbt er das Recht, von dem Gericht ein Handeln, ein Urtheil zu verlangen; und nicht minder erlangt der Beklagte durch seine Einlassung ein Recht auf Urtheil. Es findet sich also eine rechtlich wirksame Beziehung zwischen den Parteien und dem Gerichte vor, welche ja gerade das Karakteristikum des Rechtsverhältnisses bildet.

Gegen diese Auffassung des Prozesses als eines dreiseitigen Rechtsverhältnisses hat sich hauptsächlich Kohler gewandt; derselbe hat auch die Theorie vom Rechtsschutzanspruch sehr lebhaft bestritten.[28]) Allein sein Widerspruch ist unbegründet. Kohler beruft sich vor allem darauf, dass das Gericht nicht auf gleicher Stufe mit den Parteien stehe, sondern ihnen übergeordnet sei; es könne daher nicht in ein Rechtsverhältniss mit ihnen gezwängt werden. Der Irrthum dieser Auffassung liegt darin, dass die Besonderheit des Prozessrechtsverhältnisses unberücksichtigt gelassen wird. Es handelt sich ja nicht um ein civilistisches, sondern um ein publizistisches Rechtsverhältniss. Wenn es daher auch für das Privatrecht zutrifft, dass Rechtsverhältnisse nur zwischen gleichgeordneten Subjekten existiren können, so ist dies doch im öffentlichen Rechte nicht der Fall: wie es ein staatsrechtliches Rechtsverhältniss zwischen dem übergeordneten Staate und dem untergeordneten Staatsangehörigen giebt, so besteht auch ein prozessuales Rechtsverhältniss zwischen dem Gericht und den Parteien. — Wenn Kohler mit ähnlichen Gründen den Begriff des Rechtsschutzanspruchs bekämpft, so ist ihm auch hier zu erwidern, dass es sich nicht um einen privaten, sondern um einen öffentlichen Anspruch handelt. Gesteht doch Kohler selbst ein, dass öffentlichrechtliche Pflichten des Gerichts beständen (a. a. O. S. 16). Wem gegenüber bestehen aber diese Pflichten? Sicherlich nicht nur gegenüber dem Staate, sondern, und zwar in erster Linie, gegenüber den Prozessparteien. Es giebt ein Recht auf Urtheil, wie § 300 C.P.O. mit voller Deutlichkeit ausspricht (vgl. übrigens dazu noch §§ 261, 216); diesem Rechte entspricht die Verpflichtung des Gerichts, das Urtheil zu fällen. Verletzt das Gericht die bezeichnete Pflicht und können die Parteien

[28]) Prozess als Rechtsverhältniss S. 6 ff., 13 ff. Gegen den Rechtsschutzanspruch auch O. Fischer in der Zeitschrift für Civilprozess Bd. 10 S. 427 ff.

auch auf Anrufen der höchsten Instanzen keine Abhülfe erlangen, so liegt ein Fall der *iustitia denegata* vor. Dann aber ist die Rechtsordnung verletzt, und der Staat hört auf, die Bezeichnung eines Rechtsstaats zu verdienen.[29])

II. Die Begründung des Prozesses.

1. Einseitigkeit der Prozessbegründung.

§ 9.

a) Keine Mitwirkung des Beklagten.

Wie jedes Rechtsverhältniss zu seiner Entstehung eines besonderen rechtlich bedeutsamen Vorganges bedarf (z. B. das Sozietätsverhältniss des Gesellschaftsvertrags), so gelangt auch das Prozessrechtsverhältniss erst durch einen derartigen Akt zur Existenz. Welches aber dieser Akt sei, ist bestritten: es wird nämlich von der einen Seite die Klageerhebung als der prozessbegründende Vorgang bezeichnet,[30]) während von der anderen die Einlassung des Beklagten als das entscheidende Moment angesehen wird.[31])

Von vorn herein soll bemerkt werden, dass hier der erstgenannten Auffassung beigetreten wird. Nach § 253 Abs. 1 C.P.O. erfolgt die Erhebung der Klage durch Zustellung eines Schriftsatzes,[32]) der gewissen Erfordernissen genügen muss. Mit der Klageerhebung treten einmal gemäss §§ 263 ff., 267 die Wirkungen der Rechtshängigkeit ein; sodann aber hat vor allem der Kläger von diesem Augenblick an ein Recht auf

---

[29]) Damit widerlegen sich vor allem die Ausführungen Kohlers auf S. 14 a. a. O.: der Staat könne nicht zur Rechtsprechung gezwungen werden, wenn er nicht rechtsprechen wolle.

[30]) Zuerst von Bülow, Civilprozessuale Fiktionen und Wahrheiten im Archiv f. civ. Praxis Bd. 62. Später auch namentlich von Kohler a. a. O. S. 38 f. Vgl. ferner Petersen-Anger, Kommentar Anm. 1 zu § 138 und dort Zitirte.

[31]) So namentlich Wach bei Grünhut Bd. 7 S. 150 ff. und anderwärts, Degenkolb, Einlassungszwang, u. s. w.

[32]) Dies ist wenigstens die regelmässige Art der Klageerhebung; die aussergewöhnliche durch Vortrag in der mündlichen Verhandlung wird noch Erwähnung finden. Für die hier in Rede stehende Frage ist der Unterschied ohne Belang.

Urtheil erlangt. Denn erscheint der Beklagte im Termine, so wird zur Hauptsache verhandelt, und daraufhin ergeht ein Sachurtheil; bleibt er dagegen aus, so hat das Gericht nach § 331 C.P.O. auf Antrag des Klägers ebenfalls ein Sachurtheil zu erlassen. Erforderlich ist eben beide Male nur, dass eine gültige Klage erhoben ist, und dass ausserdem die Prozessvoraussetzungen im engeren Sinne vorliegen (s. unten § 13).

Aus diesen Bestimmungen des Gesetzes ergiebt sich, dass nach der Civilprozessordnung eine Mitwirkung des Beklagten bei der Prozessbegründung, eine sogen. „Einlassung", nicht nothwendig ist. Das Prozessrechtsverhältniss kommt ohne sein Zuthun lediglich durch die Klageerhebung zu stande; denn mit dieser entsteht, wie eben ausgeführt, das Recht des Klägers auf Urtheil, das den wesentlichen Inhalt des Prozessrechtsverhältnisses bildet. Daneben hat die Einlassung des Beklagten in den Rechtsstreit vornehmlich nur die Bedeutung, dass auch er nunmehr ein Recht auf Urtheil erhält, dass der Kläger nicht mehr einseitig die Klage zurücknehmen kann.

Eine andere Bedeutung wollen Wach und seine Anhänger der Einlassung beimessen. Dieselben behaupten, der Kläger könne durch seine Klageerhebung allein das Prozessrechtsverhältniss nicht begründen. Vielmehr sei dazu eben noch die Einlassung des Beklagten erforderlich. Durch die Klageerhebung erhalte der Kläger nur das Recht, diese Einlassung vom Beklagten fordern zu können; auf des letzteren Seite bestehe also eine Einlassungspflicht, eine Pflicht zur Herstellung des Prozessrechtsverhältnisses. Genügt der Beklagte dieser Pflicht nicht, bleibt er also im Termin aus, so wird — nach Wachs Ansicht — die geforderte Einwilligung in den Prozess ersetzt durch den Beschluss des Gerichts, gegen den Beklagten trotz seiner Säumniss verhandeln zu wollen.[33]) Diese Auffassung ist indessen unhaltbar. Sie hat ihren Ursprung in dem verfehlten Bestreben, die Eigenthümlichkeiten

[33]) Es sind noch andere Ansichten über das Versäumnissverfahren laut geworden. Vgl. z. B. Canstein in der Zeitschrift für Civilprozess Bd. 16 S. 1 ff., der zu dem eigenartigen Resultat gelangt: Das Kontumazialrecht ist das Civilprozess-Strafrecht (S. 129). Hierauf kann nicht näher eingegangen werden.

des römischen Prozesses auf die modernen Verhältnisse zu übertragen. In Rom gab es allerdings eine Einlassungspflicht, deren Verletzung mit Konkurseröffnung geahndet wurde; heute, wo der Nachtheil, den der Säumige erleidet, lediglich in dem Verluste eines Rechts, in einer Präklusion besteht, kann man nicht mehr von einer Pflicht zur Einlassung reden.[34]) Noch weniger kann aber davon gesprochen werden, dass die Einlassungserklärung des Beklagten im Falle seines Ausbleibens durch einen Gerichtsbeschluss ersetzt werde. Das Gericht hat nicht im mindesten darüber zu entscheiden, ob es verhandeln wolle oder nicht; vielmehr bestimmt das Gesetz, dass gegen den ausgebliebenen Beklagten auf Antrag des Klägers verhandelt werden muss.

Es sind auch noch andere stichhaltige Gründe gegen die Theorie vom Einlassungszwang ins Feld geführt worden, doch können dieselben hier nicht im einzelnen besprochen werden. Auch dürfte schon das Angeführte genügen, um darzuthun, dass es einer Mitwirkung des Beklagten bei der Prozessbegründung nicht bedarf. Im Folgenden wird noch zu erörtern sein, ob dazu eine Mitwirkung des Gerichts erforderlich ist.[35])

§ 10.

b) Keine Mitwirkung des Gerichts.

Bezüglich der Thätigkeit des Gerichts bei der Begründung des Prozessrechtsverhältnisses hat man zwei Stadien zu unterscheiden: das Stadium vor und das Stadium nach der Klageerhebung.

Was zunächst das letztere betrifft, so ist namentlich von einer Seite behauptet worden, dass noch nach der Klage-

[34]) So namentlich Bülow a. a. O. Falls man unter dem Begriffe der Pflicht hier jedes Verhalten versteht, das nöthig ist, um Nachtheile abzuwenden, so ist die Ausdrucksweise nicht zu beanstanden. Nur darf nicht vergessen werden, dass von einer Rechtspflicht keine Rede ist. Letztere besteht stets gegenüber Anderen, die Einlassungspflicht nur gegenüber dem Verpflichteten selbst. Es dürfen daher nicht etwa die Sätze über rechtliche Verpflichtungen hier angewendet werden.

[35]) Diese Frage ist eine ebenfalls sehr streitige, aber im Verhältnisse zu der in § 9 besprochenen noch weniger geklärte; es sei daher verstattet, etwas ausführlicher darauf einzugehen.

erhebung eine Thätigkeit des Gerichts zur Begründung des Prozesses erfolgen müsse.[36]) Wie nach dieser Auffassung eine Erklärung des Beklagten, sich auf den Prozess einzulassen, erforderlich ist, so muss auch eine Einlassung seitens des Gerichts stattfinden, und zwar durch Eintritt in die Sachverhandlung. Nun hat ja allerdings das Gericht vor dem Eintritt in die Verhandlung zur Hauptsache zu prüfen, ob eine wirksame Klage erhoben ist, und ob gewisse von Amts wegen zu berücksichtigende Prozessvoraussetzungen vorhanden sind; und findet das Gericht bei dieser Prüfung, dass eine Klageerhebung nicht vorliegt, oder dass eine jener Voraussetzungen fehlt, so hat es in der That in eine Sachverhandlung nicht einzutreten. Nur in diesem Falle aber kann das Gericht das Sachurtheil verweigern; und gerade in diesem Falle ist ja ein Prozessrechtsverhältniss schon wegen der mangelnden Klageerhebung, wegen der mangelnden Prozessvoraussetzung (das Nähere vgl. § 13) nicht existent geworden: die Versagung der gerichtlichen Mitwirkung ist also für die Prozessbegründung bedeutungslos. — In jedem anderen Falle ist das Gericht zur Verhandlung und Entscheidung über die Hauptsache durch das Gesetz verpflichtet. Es hat demnach überhaupt keine freie Willensentschliessung darüber, ob es ein Sachurtheil geben will oder nicht; es hat lediglich zu konstatiren, ob bereits ein Prozessrechtsverhältniss entstanden ist oder nicht, und je nachdem in die Verhandlung zur Hauptsache einzutreten oder dieselbe zu verweigern.

So viel ist also klar: eine Mitwirkung des Gerichts nach erfolgter Klageerhebung ist nicht erforderlich; sie ist ebensowenig nothwendig wie die Streiteinlassung des Beklagten. Das Prozessrechtsverhältniss ist spätestens mit der Klageerhebung entstanden. Allein es ist auch die Frage aufgeworfen worden, ob nicht eine Mitwirkung des Gerichts vor der Zustellung der Klageschrift zu erfolgen habe. Bekanntlich muss die Klageschrift, bevor sie dem Beklagten zugestellt wird, gemäss § 261 C.P.O. zum Zwecke der Terminsbestimmung bei Gericht eingereicht werden. Diese Vorschrift bildet eine

[36]) Wach, Handbuch S. 39 und anderwärts.

Ergänzung des § 216 C.P.O., nach welchem jede Ladung — und die Klageschrift enthält ja eine solche — zwecks Terminsbestimmung dem Gerichtsschreiber zu übergeben ist. Die Terminsanberaumung selbst hat nach Abs. 2 dieses Paragraphen durch den Vorsitzenden des Gerichts binnen 24 Stunden zu erfolgen.

Man hat behauptet, dass in dieser Terminsfestsetzung eine Annahme, eine Zulassung der Klage liege, dass sie sich also als eine Mitwirkung des Gerichts beim Zustandekommen des Prozesses darstelle.[37]) Dagegen ist zunächst zu bemerken, dass die Erhebung der Klage zwar in der Regel, aber doch nicht immer gemäss § 253 C.P.O. erfolgt. Denn nicht nur im amtsgerichtlichen Verfahren kann die Klage unter gewissen Voraussetzungen durch mündlichen Vortrag erhoben werden (§ 500 C.P.O.), sondern auch vor den Landgerichten erfolgt die Erhebung einer Widerklage oder Inzidentfeststellungsklage nach §§ 280, 281 C.P.O. durch Vortrag in der mündlichen Verhandlung. Es ist ganz unzweifelhaft, dass in diesen Fällen keine Terminsanberaumung, also keine Mitwirkung des Gerichts zur Herstellung des Prozessrechtsverhältnisses stattfindet. Schon daraus geht aber hervor, dass die Thätigkeit des Gerichts auch im regulären Falle keine Mitwirkung bei der Prozessbegründung sein kann; sonst müsste sie konsequenter Weise in allen Fällen stattfinden.

Noch deutlicher tritt dies zu Tage, wenn man berücksichtigt, worin denn die ganze Thätigkeit des Gerichtsvorsitzenden bei der Terminsanberaumung besteht. Die mit der Ladung versehene Klageschrift wird dem Gericht eingereicht, und der Vorsitzende hat nun gemäss § 216 C.P.O. auf die Ladung hin den Termin anzuberaumen. Bevor er dies thut, muss er selbstverständlich prüfen, ob eine Ladung vorliegt. Ist eine solche in dem mit „Klage“ titulirten Schrift-

---

[37]) So namentlich neuerdings Weizsäcker in der Zeitschrift für Civilprozess Bd. 27 S. 28 ff. Früher haben sich in ähnlicher Weise geäussert: Wach, Vorträge S. 24. Schwalbach im Archiv f. d. civ. Praxis Bd. 64 S. 273. Eccius bei Gruchot, Bd. 29 S. 1—23. — Ueber die entgegengesetzte, hier vertretene Anschauung vgl. Fischer, Ueber die Bestimmung und Bekanntmachung der Termine etc. bei Gruchot, Bd. 25 S. 620 ff., 802 ff.

stück überhaupt nicht enthalten, so kann keine Terminsanberaumung stattfinden, da diese eine Ladung voraussetzt. Das trifft auch z. B. dann zu, wenn der Klage die Unterschrift fehlt; denn dann ist überhaupt keine Willenserklärung abgegeben. Wie liegt nun der Fall bei einer sogen. „Klage", aus der deutlich hervorgeht, dass sie die Arbeit eines Fortbildungsschülers, dass sie einen Aprilscherz darstellt?[38]) Hier ist zwar eine Ladung vorhanden, aber nur äusserlich; die Willenserklärung des sogen. Klägers, den Beklagten vor das Gericht zu laden, ist nur zum Scherze abgegeben, in der Erwartung, der Mangel an Ernstlichkeit werde nicht verkannt werden, — es mag erlaubt sein, diesen Ausdruck des Bürgerlichen Gesetzbuchs (§ 118) hier anzuwenden —. Es liegt also keine rechtsgültige Willenserklärung, keine wirkliche Ladung seitens des „Klägers" vor, und daher hat auch hier die Terminsbestimmung zu unterbleiben.

Es kommt dabei die Frage in Betracht, ob der Richter befugt ist, eine formgerechte Parteihandlung auf ihre Ernstlichkeit zu prüfen, auch wenn dies die Partei nicht will. Die Frage wird vielfach verneint.[39]) Grundsätzlich ist dies auch zutreffend, jedoch nicht überall. Vielmehr wird der Richter die fragliche Prüfung dann vornehmen dürfen, wenn das Interesse des Gerichts betheiligt ist, wenn also z. B. offensichtlich Missbrauch mit dem Gerichte getrieben wird. Ein derartiger Fall liegt hier vor.

Eine weitere Prüfung als die soeben angegebene hat dagegen der Vorsitzende nicht vorzunehmen. Der Inhalt der Klageschrift kümmert ihn folglich nur insoweit, als er daraus ermitteln muss, ob eine wirkliche Ladung vorliegt, d. h. ob der Kläger mit der Ladung einen ernsthaften Prozess herbeiführen will. Lediglich auf diesen klägerischen Willen kommt es an. Bereits die Motive zur Civilprozessordnung haben dies aufs deutlichste ausgesprochen, ja in ihnen wird sogar hervorgehoben, eine ausdrückliche Vorschrift des Inhalts, dass die von einer Partei nachgesuchte Bestimmung des Termins zur

---

[38]) Diese Beispiele führt Weizsäcker a. a. O. S. 63 ff. an.

[39]) So z. B. vom Reichsgericht in der Jur. Wochenschrift 1899 S. 539. — Eine ausführliche Untersuchung der Streitfrage ist hier nicht am Platze.

mündlichen Verhandlung nicht verweigert werden könne, sei als selbstverständlich weggelassen worden.[40]) Man hat vergeblich versucht, die Berechtigung dieser Worte zu leugnen. Wenn insbesondere Eccius a. a. O. eine Prüfung der Klageschrift selbst auf ihre Erfordernisse hin verlangt, weil beim Fehlen eines dieser Erfordernisse auch keine Ladung im Sinne des Gesetzes vorliege, so verkennt er das Verhältniss, in welchem Klageschrift und Ladung zu einander stehen. Die letztere ist allerdings ein Requisit der ersteren; aber nicht ist umgekehrt die Klageschrift ein Requisit der Ladung. Wenn es daher, wie bei der hier erörterten Frage, lediglich auf eine ordnungsmässige Ladung ankommt, so ist der übrige Inhalt der Klageschrift gleichgültig. Wohin soll es auch führen, wenn der Vorsitzende vor der Terminsanberaumung das Vorhandensein eines regelrechten Antrags, die ausreichende Bezeichnung des Gegenstandes und Grundes des erhobenen Anspruchs, ja sogar die Parteifähigkeit des Klägers prüfen und nach dem Ausfalle dieser Prüfung die Terminsbestimmung vornehmen oder verweigern darf, wie Eccius dies behauptet (vgl. namentlich S. 7 ff.)? Doch natürlich zur Abweisung der Klage *a limine*![41]) Am Ende könnte der Vorsitzende, der auf dem Standpunkte der Substanziirungstheorie steht, wegen mangelnder Substanziirung die Terminsanberaumung versagen!

Hiernach ist es klar, dass die in Rede stehende Thätigkeit des Vorsitzenden keine Mitwirkung bei der Prozessbegründung ist. Sie beschränkt sich darauf, festzustellen, ob der Kläger eine solche begründen will. Eine Annahme oder Zulassung der Klage kann darin durchaus nicht gefunden werden;[42]) vielmehr ist die Thätigkeit des Vorsitzenden nur eine summarische, wie auch schon durch die ihm gesetzte geringe Frist von 24 Stunden angedeutet wird.

So ist denn weder eine Mitwirkung des Gerichts noch eine solche des Beklagten zur Herstellung des Prozessrechts-

[40]) Hahn, Materialien S. 158, 235.

[41]) Dies giebt Eccius selbst a. a. O. S. 20 halb und halb zu. Wie lässt sich aber damit das Mündlichkeitsprinzip vereinbaren?

[42]) Dies behauptet Weizsäcker a. a. O. S. 29; doch scheinen seine weiteren Ausführungen auf S. 62 ff. damit nicht ganz im Einklange zu stehen.

verhältnisses erforderlich; die Prozessbegründung erfolgt lediglich durch einen einseitigen Akt des Klägers, durch die Klageerhebung. Wie diese letztere selbst juristisch aufzufassen ist, soll im Folgenden dargelegt werden.

2. Rechtliche Struktur der Klage.

§ 11.

Die Klage als Rechtsgeschäft.

Die Klageerhebung erfolgt, wie bereits erwähnt, regulär durch Zustellung eines Schriftsatzes, der gewisse Bestandtheile enthalten muss, in gewissen Fällen durch mündlichen Vortrag (§§ 253, 280, 81, 500 C.P.O.). Immer aber handelt es sich um einen einseitigen Akt des Klägers. Dass dieser Akt eine Willenserklärung bildet, kann keinem Zweifel unterliegen; denn einmal steht die Erhebung der Klage im freien Belieben des Klägers *(invitus agere nemo cogitur)*, und sodann ist eine Erklärung erforderlich, damit der klägerische Wille Rechtswirkungen äussere. Dagegen wird bestritten, dass diese Willenserklärung ein Rechtsgeschäft sei.[43])

Die Definition des Rechtsgeschäfts, welche zwar in erster Linie auf das Privatrecht zugeschnitten, keineswegs aber auf dieses zu beschränken, sondern auch auf das öffentliche Recht auszudehnen ist, geht dahin, dass eine Willenserklärung sich dann als ein Rechtsgeschäft darstellt, wenn die rechtlichen Wirkungen als gewollte, entsprechend dem Willen des Handelnden eintreten sollen (z. B. Abschluss eines Vertrags). Das „Rechtsgeschäft" bildet den Gegensatz zur blossen Rechtshandlung, im engeren Sinne,[44]) bei der die rechtlichen Wirkungen völlig unabhängig vom Willen des Handelnden eintreten, bei denen dieser Wille nicht unmittelbar auf Herbeiführung des rechtlichen Erfolges gerichtet ist (z. B. Begründung des Wohnsitzes,

[43]) So neuestens von R. Schmidt Lehrbuch, S. 281.

[44]) Zu den Rechtshandlungen im weiteren Sinne gehören auch die Rechtsgeschäfte. Mit Recht unterscheidet man aber zwischen Rechtsgeschäften und Rechtshandlungen im engeren Sinne in der hier angegebenen Weise. Vgl. die Literatur, die in der folgenden Anm. citirt ist.

Delikt).[45]) Dass es Rechtshandlungen sowie Rechtsgeschäfte auch im Prozessrechte giebt, dürfte kaum in Abrede gestellt werden. Fraglich ist daher nur, zu welcher der beiden Kategorien die Klageerhebung gehört.

Nun knüpfen sich an die Erhebung der Klage eine ganze Reihe von Rechtswirkungen materieller wie prozessualer Natur, so die Wirkung der Verjährungsunterbrechung, so die Wirkungen der Rechtshängigkeit. Es soll auch nicht geleugnet werden, dass manche dieser Wirkungen eintreten, ohne dass der Kläger an sie gedacht hat. Aber verfehlt wäre es, daraus folgern zu wollen, dass die Klage kein Rechtsgeschäft sei.[46]) Mit demselben Rechte könnte man die Rechtsgeschäftsnatur der Eheschliessung in Abrede stellen, weil auch diese manche Wirkungen erzeugt, die eintreten, ohne dass die Handelnden gerade darauf ihren Willen richten (z. B. die Wirkung, dass die Ehefrau den Wohnsitz des Ehemanns theilt, § 10 B.G.B.). Es kommt eben nur darauf an, ob die prinzipale Wirkung der Handlung eine gewollte ist, die Wirkung, aus der alle übrigen erst entspringen. Diese Wirkung ist bei der Eheschliessung die Begründung der ehelichen Lebensgemeinschaft; und weil der Wille der Betheiligten gerade auf die letztere gerichtet ist, darum ist die Eheschliessung ein Rechtsgeschäft. Welches ist nun aber diese Hauptwirkung, von der alle übrigen abhängen, bei der Klageerhebung? Doch die Prozessbegründung, die Herstellung des Prozessrechtsverhältnisses: vorher war noch kein Prozess, jetzt aber ist Prozess, jetzt hat der Kläger ein Recht auf Urtheil. Alle übrigen Wirkungen der Klageerhebung beruhen auf dieser einen Haupt-

---

[45]) Vgl. hierüber u. a. Engelmann, Bürgerl. Recht, 2. Aufl., S. 94f., Cosack, Lehrbuch Bd. 1 S. 146. Matthiass, Bd. 1 S. 151. Ebenso Motive z. I. Entw. des B.G.B. Bd. 1 S. 126.

Anders definirt Leonhard, Allgemeiner Theil des B.G.B. S. 254: „Rechtsgeschäfte im Sinne des B.G.B. sind die einer Wahrnehmung bedürftigen privatrechtlichen Willensäusserungen über die Grenzen eines Herrschaftskreises.“ Auch diese Definition passt — analog angewendet — für die Klage, nur dass letztere sich nicht als eine privatrechtliche, sondern als eine öffentlichrechtliche Willensäusserung darstellt. Dass sie der Wahrnehmung bedürftig ist, unterliegt keinem Zweifel; vgl. darüber auch den folgenden Paragraphen.

[46]) So R. Schmidt a. a. O. S. 281.

wirkung: weil jetzt ein Prozess begründet ist, darum wird die Anspruchsverjährung unterbrochen, darum treten die Folgen der Rechtshängigkeit ein.

Die Frage nach der Rechtsgeschäftsnatur der Klage hängt daher lediglich davon ab, ob die Begründung des Prozesses von seiten des Klägers gewollt ist oder nicht. Ersteres scheint aber so selbstverständlich, dass eine nähere Begründung überflüssig sein dürfte. Wenn R. Schmidt a. a. O. S. 281 dagegen behauptet, die Wirkung, die der Kläger bewusst anstrebe, sei die Urtheilsfeststellung, und diese trete nicht unmittelbar mit der Klageerhebung ein, so muss man ihm allerdings darin Recht geben, dass das Endziel der klägerischen Aktion die Erwirkung des Urtheils ist; unrichtig wäre es dagegen, anzunehmen, dass dies die unmittelbar vom Kläger beabsichtigte Wirkung sei. Jeder Kläger weiss sehr wohl, dass seine Klageerhebung nicht sofort das Urtheil erzeugt; er will ja gerade erst zum Zwecke der Urtheilserlangung den Prozess herbeiführen;[47]) sein Wille ist daher zunächst und unmittelbar auf die Begründung des Prozesses gerichtet. Wäre die Klage aus dem von R. Schmidt angegebenen Grunde kein Rechtsgeschäft, so könnte man den Kaufvertrag ebensowenig als ein solches bezeichnen. Denn der Wille des Käufers ist im Endziele darauf gerichtet, das Eigenthum an der Kaufsache zu erlangen; diese Wirkung tritt aber nicht unmittelbar mit dem Abschlusse des Kaufvertrags ein, sondern erst in Folge der Uebergabe der gekauften Sache oder der Auflassung. Sonach ergiebt sich aus dem Vorstehenden, dass die Klageerhebung als ein Rechtsgeschäft aufzufassen ist.[48])

§ 12.

b) Die Klage als empfangsbedürftige Willenserklärung.

Das Prozessbegründungsgeschäft, die Klage, ist, wie eben ausgeführt wurde, zwar eine einseitige Willenserklärung,

[47]) Beides lässt sich nicht trennen; will der Kläger das eine, so will er auch das andere, wiederum ein Beweis für die Einheitlichkeit des Prozesses.

[48]) Derselben Ansicht sind Kohler a. a. O. S. 35, Trutter Prozessualische Rechtsgeschäfte, S. 221 ff.

aber sie ist doch wenigstens eine empfangsbedürftige Willenserklärung — um auch hier eine Terminologie des bürgerlichen Rechts auf das prozessuale Gebiet zu übertragen.

Eine Willenserklärung bezeichnet man dann als empfangsbedürftig, wenn es nicht genügt, dass sie überhaupt abgegeben wird (wie z. B. eine letztwillige Verfügung), sondern wenn sie, um wirksam zu werden, einer bestimmten Person gegenüber abgegeben, an diese Person gerichtet werden muss.[49]) Was nun die Klage anlangt, so muss dieselbe zweifellos dem Beklagten gegenüber erklärt werden. Nach § 253 C.P.O. wird die Klageerhebung im Regelfalle perfekt durch die Zustellung der Klageschrift an den Beklagten.[50]) Es bedarf wohl keines Hinweises darauf, dass die Kenntnissnahme seitens des Beklagten nicht erforderlich ist; in diesem Sinne darf das Wort „empfangsbedürftig" hier so wenig wie im bürgerlichen Rechte verstanden werden. Vielmehr genügt die Zustellung nach den Vorschriften der §§ 166 ff. C.P.O.

Aber auch die Klageerhebung, die ausnahmsweise nach Massgabe der §§ 280, 281, 500 stattfindet, muss dem Beklagten gegenüber erfolgen. Denn das Gesetz bestimmt, dass eine solche Klage durch Vortrag in der mündlichen Verhandlung, also in Gegenwart des anderen Theiles, angebracht wird; im Versäumnissverfahren ist dies nach diesseitiger Auffassung unmöglich.[51])

Allein die Willenserklärung des Klägers, dass er Klage erhebe, ist nicht nur dem Beklagten gegenüber abzugeben, sondern auch — und hierin liegt ein neuer Beweis für die Dreiseitigkeit des Prozessrechtsverhältnisses (vgl. oben § 5) — gegenüber dem Gerichte. Bezüglich der irregulären

---

[49]) Beispiele einseitiger empfangsbedürftiger Erklärungen des Privatrechts: Kündigung, Widerruf.

[50]) Auch hierin liegt eine gewisse Aehnlichkeit mit § 130 B.G.B., nach welchem eine empfangsbedürftige Willenserklärung in dem Zeitpunkte wirksam wird, wo sie dem Empfänger zugeht. Nur ist für die Klageerhebung die spezielle Form der Zustellung vorgeschrieben (vgl. übrigens § 132 B.G.B.).

[51]) Die Frage ist allerdings bestritten. Vgl. Gaupp-Stein, Kommentar zur C.P.O. Bem. II zu § 281 und dort Citirte.

Klageerhebung nach §§ 280, 281, 500 C.P.O. bedarf dieser Satz keiner Begründung; denn hier wird ja die Klage durch Vortrag in der mündlichen Verhandlung erhoben, also stets gegenüber dem Gerichte. Aber die aufgestellte Behauptung trifft auch für die Klageerhebung gemäss § 253 zu. Wie ebenfalls bereits oben ausgeführt wurde, muss die Klageschrift vor der Zustellung zum Zwecke der Terminsbestimmung beim Prozessgericht eingereicht werden. Dort wurde in negativer Richtung dargethan, dass diese Einreichung keineswegs als ein Gesuch um Zulassung, um Annahme der Klage anzusehen ist. Jetzt kann nun die positive Bedeutung der Einreichung hinzugefügt werden. Dieselbe geschieht ja zu dem Zwecke, dass der Vorsitzende des Gerichts den Termin zur mündlichen Verhandlung bestimme. Nothwendig ist dies,[52]) weil sonst leicht einzelne Sitzungstage mit Verhandlungen überbürdet, andere dagegen zu gering belastet wären. Solcher Unregelmässigkeit soll dadurch vorgebeugt werden, dass der Vorsitzende die Termine bestimmt, wobei er dann freilich genau bemessen kann, wie viele Verhandlungen er auf jeden Sitzungstag anberaumt. Aus diesem Grunde muss also die Einreichung der Klageschrift bei Gericht der Zustellung vorhergehen: das Gericht soll dadurch von der bevorstehenden Klageerhebung in Kenntniss gesetzt werden; es soll im Voraus wissen, dass ein neues Prozessrechtsverhältniss im Entstehen begriffen ist, bei welchem es selbst als betheiligtes Subjekt fungiren muss. Kurz, stets hat der Zustellung der Klage die Mittheilung derselben an das Gericht vorherzugehen; eine Klageschrift, die ohne solche Mittheilung und daher ohne Terminsanberaumung dem Beklagten zugestellt würde, könnte kein Prozessrechtsverhältniss begründen. Es ist daher ein unbedingtes und unumgängliches Erforderniss, dass die die Klage enthaltende Willenserklärung zunächst dem Gerichte gegenüber abgegeben wird; und somit stellt sich die Klage als eine Willenserklärung dar, welche in doppelter Weise empfangsbedürftig ist, sowohl seitens des Beklagten als auch seitens des Gerichts.

---

[52]) So wenigstens nach deutschem Rechte; andere Mittel hat das französische Rollensystem.

III. Die Prozessvoraussetzungen im engeren Sinne.

Die übrigen Prozesshandlungen. Ergebniss.

§ 13.

Prozessvoraussetzungen im weiteren Sinne sind alle die Momente, die vorhanden sein müssen, damit ein Prozessrechtsverhältniss zur Entstehung kommen kann. Die erste und wichtigste Prozessvoraussetzung in diesem Sinne[53]) ist die Klageerhebung; denn durch sie wird der Prozess ja überhaupt begründet. Sie ist aber nicht die einzige Voraussetzung für das Zustandekommen des Prozesses, so wenig, wie z. B. die Eheschliessung die einzige Voraussetzung für das Zustandekommen einer gültigen Ehe ist. Vielmehr müssen im Augenblicke der Klageerhebung gewisse vom Rechte normirte Bedingungen erfüllt sein, damit das Prozessverhältniss entstehen kann.[54]) Diese Bedingungen bezeichnet man als „Prozessvoraussetzungen im engeren Sinne" und stellt ihnen die Klageerhebung als „Prozessbegründungsgeschäft" gegenüber.[55]) Die Prozessvoraussetzungen in diesem Sinne betreffen einmal die Parteien und das Gericht (die Subjekte des Prozessrechtsverhältnisses), und sie betreffen ferner den Gegenstand der Klage, den Klageanspruch. Vor allen Dingen gehören hierher die prozesshindernden Einreden des § 274 C.P.O., aber auch ausserdem finden sich einige Prozessvoraussetzungen, die keinen spezifisch prozesshindernden Karakter tragen. Jedenfalls aber giebt es — und das ist der für uns wesentliche Punkt — ausser den im Gesetze genau fixirten Prozessvoraussetzungen

---

[53]) Schöpfer des Ausdrucks ist Bülow; s. seine gleichnamige Abhandlung.

[54]) Ebenso ist zur Begründung einer gültigen Ehe erforderlich, dass kein sogen. Ehehinderniss vorliegt.

[55]) Vgl. R. Schmidt, Lehrbuch S. 325, 795, Weizsäcker a. a. O. S. 25. — Neuerdings hat Bülow in seinen Erörterungen zum Schmidtschen Lehrbuche des Civilprozessrechts (Zeitschrift für Civilprozess Bd. 27 S. 207 ff.) seinen Standpunkt, nach welchem die Klageerhebung schlechthin zu den Prozessvoraussetzungen zu zählen sei, lebhaft vertheidigt. Dennoch darf der grosse Unterschied, der zwischen der Klageerhebung und den Prozessvoraussetzungen im engeren Sinne besteht, nicht verkannt werden. Beide Begriffe haben eine ganz verschiedenen Werthung, und es dürfte daher die Schmidtsche Terminologie vorzuziehen sein.

keine weitere Bedingung für das Zustandekommen eines gültigen Prozesses.

Die Klage bildet nach den Ausführungen der vorigen Paragraphen das Prozessbegründungsgeschäft. Im Gegensatze dazu haben die übrigen Prozesshandlungen der Parteien nur die Bedeutung, dass sie den Prozess fortführen, bis er im Urtheile sein Endziel erreicht.[56]) Die fraglichen Prozessakte sind, wenn auch nicht sämmtlich, so doch theilweise als prozessualische Rechtsgeschäfte aufzufassen (insbesondere Verzicht und Anerkenntniss). Jedenfalls aber sind auch sie sämmtlich Erklärungen, die sowohl gegenüber der anderen Partei als auch gegenüber dem Prozessgericht abgegeben werden müssen, mithin doppelt empfangsbedürftig sind.

Das Urtheil endlich ist der öffentlich verkündete, an die Parteien gerichtete Ausspruch, welcher das zwischen den Parteien streitige Privatrechtsverhältniss entscheidet. Das Urtheil schafft, sobald es rechtskräftig geworden ist, Recht unter den Parteien; der Urtheilsspruch wird durch die Erlangung der Rechtskraft zur Rechtsgewissheit.

II. Kapitel.

Standpunkt der Gegner der Rechtsverhältnisstheorie.

§ 14.

Stellen wir uns nunmehr auf dem Standpunkt derer, die den Prozess nicht als ein Rechtsverhältniss ansehen, so können wir allerdings m. E. keine so feste und bestimmte Grundlage für die Erörterung des simulirten Prozesses finden, wie dies uns in den bisherigen Darlegungen nach der Rechtsverhältnisstheorie möglich war. Immerhin müssen aber auch die Gegner im wesentlichen zu einem ähnlichen Ergebnisse gelangen.

Einer von ihnen, A. S. Schultze, stellt zwar die Rechtsverhältnissnatur des Prozesses in Abrede, stimmt aber im

[56]) Es braucht nicht hervorgehoben zu werden, dass nicht jeder Prozess mit einem Urtheil enden muss. Viele Prozesse endigen vielmehr schon vorher dadurch, dass der Kläger die Klage zurücknimmt oder dass die Parteien das Verfahren ruhen lassen. Diese Fälle interessiren hier nicht.

übrigen mit uns überein. Nach ihm[57]) ist der Prozess „ein Komplex sehr mannigfaltiger Prozessrechtsgeschäfte und bezw. sehr verschiedenartiger Prozesshandlungen rechtsgeschäftlichen Karakters". Zwar bezeichnet Schultze die Prozessrechtsgeschäfte nicht im einzelnen, doch scheint es mir zweifellos, dass er in der Klage ein solches Rechtsgeschäft sieht. Dann ist sie aber auch als eine Willenserklärung aufzufassen, und es wird dem ferner von uns aufgestellten Satze, die Klage sei eine doppelt empfangsbedürftige Willenserklärung, kaum zu widersprechen sein. Das Gleiche muss von den übrigen Parteihandlungen gelten.

Selbst wenn man aber die Klage und die übrigen Prozesshandlungen der Parteien nicht als Rechtsgeschäfte, als Willenserklärungen auffasst, so sind sie doch jedenfalls Erklärungen im weitesten Sinne, rechtlich bedeutsame Kundgebungen, die sowohl dem Gericht als auch der anderen Partei gegenüber abgegeben werden müssen. Allerdings können dann die Grundsätze des Privatrechts über Simulation nicht unmittelbar analog angewendet werden — wie nach unserer Auffassung —, wohl aber mittelbar, indem der Begriff der Simulation auf jede rechtlich bedeutsame empfangsbedürftige Erklärung ausgedehnt wird (vgl. § 1 und den folgenden § 15).

B. Rechtliche Natur und Behandlung des simulirten Prozesses.

I. Kapitel.

Verhältniss des simulirten Prozesses zum gewöhnlichen Prozesse.

§ 15.

Gehen wir von den soeben kurz zusammengefassten Sätzen aus, so sind wir in die Lage gesetzt, das Wesen des simulirten Prozesses zu erkennen und vor allem die Frage zu beantworten: Unterscheidet sich der simulirte Prozess als solcher vom gewöhnlichen Prozesse? Besteht eine Abscheidung zwischen beiden? Ein simulirtes Rechtsgeschäft im Sinne des Privatrechts liegt dann vor, wenn eine Willens-

[57]) Privatrecht und Prozess S. 287.

erklärung, die einem Anderen gegenüber abzugeben ist, mit dessen Einverständnisse zum Scheine abgegeben wird (so die zutreffende Definition des § 117 B.G.B.).[58]) Dieser Satz lässt sich in folgender Weise verallgemeinern: Ein simulirter Rechtsakt liegt dann vor, wenn eine rechtlich bedeutsame Erklärung (Kundgebung), die sich an einen Anderen richtet, mit dessen Einverständnisse zum Scheine abgegeben wird. Hierdurch haben wir in Verbindung mit den bisherigen Ausführungen den Schlüssel zur Lösung der formulirten Fragen gefunden, und zwar sowohl vom Standpunkte der hier vertretenen Rechtsverhältnisstheorie aus als auch vom Standpunkte der Gegner.

Nach der hier vertretenen Auffassung wird der Prozess begründet durch das Rechtsgeschäft der Klage; von simulirtem Prozesse kann daher nur die Rede sein, wenn die Klageerhebung simulirt ist. Letztere aber ist ihrerseits eine empfangsbedürftige Willenserklärung, und zwar eine solche, die sowohl gegenüber dem Beklagten als auch gegenüber dem Gericht abzugeben ist. Hieraus folgt unmittelbar, dass eine Simulation im vorliegenden Falle ausgeschlossen ist. Denn die Simulation muss sich auf alle am Rechtsgeschäfte betheiligten Subjekte erstrecken;[59]) ist daher eine Willenserklärung Mehreren gegenüber abzugeben, so ist sie

---

[58]) Vgl. zum Folgenden Leonhard, Allg. Teil des B.G.B. S. 456 ff.

[59]) Dies liegt m. E. im Begriffe der Simulation im engeren Sinne, von der hier allein die Rede ist. Anderenfalls liegt theilweise Mentalreservation vor, worüber noch unten gesprochen werden wird. Es wird also nicht etwa § 117 B.G.B. ohne weiteres auf das Civilprozessrecht ausgedehnt, sondern es wird nur behauptet, dass die Definition des § 117 eine allgemein gültige ist, und dass das in § 117 enthaltene Rechtsprinzip nicht auf das Privatrecht beschränkt werden darf, sondern für das gesammte Rechtsgebiet anerkannt werden muss. Vgl. hierzu Kohler, Ges. Beiträge, 1895, S. 254: „Hätten wir eine ganz Deutschland beherrschende Kodifikation des Privatrechts, so würden wir manche Fragen des Prozessrechts — z. B. im Gebiete der Willensmängel — aus der Analogie dieses hiermit festgestellten Kulturrechts beantworten. Von einer Meinung, als ob nach Einführung des deutscheu Civilgesetzbuchs immer noch eine Doppelbehandlung der prozessualen und der civilistischen Verträge stattfinden solle, kann natürlich keine Rede sein.“ — Vorstehende Sätze sind zwar nicht unbestritten, scheinen mir aber einen richtigen Kern zu enthalten.

nur dann simulirt, wenn sie mit dem Einverständniss aller dieser Personen zum Scheine abgegeben wird. Hieraus folgt, dass eine simulirte Klageerhebung nie vorliegt, wenn der Kläger lediglich im Einverständnisse mit dem Beklagten handelt, während das Gericht keine Kenntniss von der Absicht der Parteien hat. Simulation könnte nur dann in Frage kommen, wenn auch das Gericht in den Plan eingeweiht worden wäre und dennoch seine Mitwirkung nicht versagte, ein Fall, der noch zu besprechen sein wird.

Das Gleiche gilt aber auch vom Standpunkte derjenigen, die den Prozess nicht als ein einheitliches dreiseitiges Rechtsverhältniss und die Klage nicht als ein Rechtsgeschäft ansehen. Denn auch nach dieser Auffassung ist die Klage doch zum mindesten eine rechtlich bedeutsame Kundgebung, die dem Beklagten und dem Gerichte gegenüber zu erfolgen hat, und sie kann daher nie einen simulirten Rechtsakt darstellen, falls sie nicht im Einverständnisse dieser beiden Prozesssubjekte zum Scheine abgegeben wird.

Diese Sätze werden ihre Bestätigung finden, wenn wir verwandte Rechtsgeschäfte zum Vergleiche heranziehen. Solche sind vornehmlich die Eheschliessung und die Auflassung: denn bei beiden muss — wie beim Prozesse — die entscheidende Erklärung vor einer Behörde (dem Standesamte bezw. dem Grundbuchamt) erfolgen. Unerheblich ist dabei, ob die genannten Behörden als betheiligte Subjekte anzusehen sind — wie das Gericht beim Prozessrechtsverhältnisse. Denn ganz abgesehen davon zeigt sich bei beiden Rechtsgeschäften dieselbe Eigenthümlichkeit wie beim Prozess: es giebt keine Simulation. Bei der Eheschliessung ist sie deswegen ausgeschlossen, weil die Ehe nur in den Fällen der §§ 1324 bis 1328 B.G.B. nichtig und nur in den Fällen der §§ 1331 ff. anfechtbar ist, Simulation aber weder zu den Nichtigkeits-, noch zu den Anfechtungsgründen gehört.[60]) Und was die

[60]) Ueber den inneren Grund spricht sich Leonhard a. a. O. im Sinne der hier vertretenen Auffassung aus (S. 460): „Bei Eheschliessungen wird der Sinn der Parteierklärung nicht bloss vom Standpunkte des Vertragsgenossen, sondern auch von demjenigen des Standesbeamten ausgelegt, dem sie ebenfalls gilt.“ — Vgl. Hölder, Kommentar zum Allg. Theil S. 255.

Auflassung anbetrifft, so soll zwar nicht in Abrede gestellt werden, dass der etwa zu Grunde liegende Kauf- oder Schenkungsvertrag simulirt sein kann; die Auflassung selbst aber ist nie eine simulirte. Denn mit der Eintragung ins Grundbuch wird der Erwerber kraft Gesetzes Eigenthümer und gilt als solcher so lange, als die Eintragung besteht. Die typische Folge der Simulation, die Nichtigkeit des simulirten Geschäfts, tritt gerade hier nicht ein. Zwar kann der Veräusserer vielleicht wegen des zu Grunde liegenden simulirten Geschäfts den Erwerber zur Rückauflassung zwingen; aber gerade dass die letztere nöthig ist, um die Aenderung im Grundbuche herbeizuführen, beweist am deutlichsten die Richtigkeit unserer Behauptung.[61]) Und wenn nunmehr feststeht, dass sowohl Eheschliessung wie Auflassung nicht seitens der Parteien simulirt sein können, weil die massgebende Willenserklärung gegenüber einer Behörde abzugeben ist, so muss dies ebenso bei der Klageerhebung zutreffen, bei der die gleiche Voraussetzung vorliegt.

Es ist auch in der That nichts leichter, als eine Erklärung für die anscheinend so auffallende Erscheinung zu finden, dass der sogen. simulirte Prozess im engeren Sinne in Wahrheit kein simulirter Prozess ist. Wie bereits dargelegt wurde, ist die simulirte Klage nur dem Beklagten gegenüber simulirt; dem Gerichte gegenüber ist sie nicht simulirt, sondern der Kläger macht nur den geheimen Vorbehalt, dass seine Klage unwirksam sein solle.[62]) Also nicht Simulation liegt hier vor, sondern Mentalreservation! Letztere wird aber mit Recht als belanglos für die Gültigkeit der Erklärung angesehen. Da nun der Prozess, wie oben gezeigt, ein einheitliches Rechts-

[61]) Aehnlich Matthiass, Lehrbuch des bürgerl. Rechts Bd. 1 S. 189: „In allen diesen Fällen — Erklärung vor dem Standesbeamten, dem Grundbuch-, dem Registerrichter — ist die Behörde nicht nur Formperson, sondern sie ist auch sachlich betheiligt. Die Parteierklärungen sind insoweit empfangsbedürftig. Dann ist aber der Fall des geheimen Vorbehalts gegeben, den beide Parteien der Behörde gegenüber machen, und demnach folgt Gültigkeit nach § 116.

[62]) Genau das Gleiche gilt von der Eheschliessung und der Auflassung; auch hier behalten sich die Parteien insgeheim vor, dass das Rechtsgeschäft keine Gültigkeit haben solle.

verhältniss ist (ebenso wie die Ehe und Auflassung, um bei den gewählten Beispielen zu bleiben), so können wir nicht trennen und sagen: der Prozess ist im Verhältnisse der Parteien zu einander simulirt, also unwirksam, im Verhältnisse der Parteien zum Gericht aber wirksam, sondern der ganze Scheinprozess ist nothwendigerweise wirksam, so wirksam wie die Schein-Ehe und die Schein-Auflassung.

Sonach gelangen wir zu folgendem Ergebnisse: das, was wir bisher als simulirten Prozess im engeren Sinne bezeichneten, nämlich ein Prozess, bei dem nur die Parteien darüber einig sind, dass er zum Scheine geführt wird, ist kein simulirter Prozess im rechtlichen Sinne, sondern echter Prozess; eine Abscheidung zwischen diesem „simulirten" und echtem Prozess existirt nicht. Dieselbe Ansicht wird in der Literatur von Kohler und neuerdings von Engelmann vertreten, während Degenkolb das Gegentheil behauptet hat.[63]) Letzterer stützt sich lediglich darauf, dass der simulirte Prozess Missbrauch der Klageform sei, und zwar Missbrauch „im Rechtssinne". Was die beiden letzten Worte bedeuten sollen, ist nicht recht ersichtlich. Hier soll jedenfalls nicht in Abrede gestellt werden, dass der Prozesszweck Rechtsschutz ist und dass beim simulirten Prozesse thatsächlich kein Rechtsschutz begehrt wird, dass also insofern ein Missbrauch der Klage- und Prozessformen vorliegt. Allein hieraus lässt sich ein Unterschied zwischen simulirtem und echtem Prozesse nicht herleiten. Denn auch wenn die Klageerhebung zu einem Zwecke angewendet wird, welchem zu dienen sie nicht bestimmt ist, so behält sie darum doch ihren rechtlichen Karakter bei: sie bewirkt die Begründung eines Prozessrechtsverhältnisses bezw. die Folgen der Rechtshängigkeit, gleichgültig, welche Absichten der klagende Teil verfolgt; bekanntlich sind die Motive für die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts belanglos.

Was nach Vorstehendem von der Klage und dem Prozess als ganzem Rechtsgebilde gilt, das findet auch Anwendung

[63]) Kohler, Prozess als Rechtsverhältniss S. 93f., Engelmann, Der deutsche Civilprozess. 1901. S. 185; Degenkolb, Einlassungszwang und Urtheilsnorm S. 238.

auf die übrigen Prozesshandlungen der Parteien im einzelnen. Auch sie sind doppelt empfangsbedürftige Erklärungen und können daher nur simulirt sein, wenn sie im Einverständnisse der anderen Partei und des Gerichts zum Scheine abgegeben werden.

Ist somit der simulirte Prozess in dem hier verstandenen Sinne kein nichtiger, sondern ein gültiger, echter Prozess, so ist auch das darin ergehende Urtheil ein gültiges, wirksames. Die zwischen den Parteien getroffene Vereinbarung kann dem Urtheile nicht diese Gültigkeit nehmen, kann es nicht zu einem nichtigen, simulirten stempeln. Ein simulirtes Urtheil ist noch viel undenkbarer als ein simulirter Prozess. Auch hierin stimmt Kohler mit der hier vertretenen Meinung überein.[64]) Anderer Ansicht ist dagegen das Reichsgericht (Bd. 36 S. 249ff.); jedoch muss dessen Begründung als höchst bedenklich bezeichnet werden.

Der Sachverhalt, der der zitirten Entscheidung zu Grunde liegt, ist in kurzen Zügen folgender: Der Prozessbeklagte war dem Isidor D. aus mehreren Wechseln verpflichtet. Er hatte diese Wechsel vor der Einklagung theils baar theils durch Verrechnung bezahlt und von Isidor D. zurückerhalten. Bald darauf bat ihn Isidor D., ihm die Wechsel zurückzugeben, damit er sie gegen ihn einklagen und einen vollstreckbaren Schuldtitel für das Zwangsvollstreckungsverfahren erlangen könne, welches damals über das Hotelgrundstück des Beklagten in Berlin eingeleitet war und in welchem Isidor D. das Hotelmobiliar für sich in Anspruch nahm. Daraufhin wurden denn auch die Wechsel von dem Beklagten an Isidor D. herausgegeben; es wurde aber ausdrücklich vereinbart, dass letzterer die Wechsel auf eigene Kosten einklagen, der Beklagte sich kontumaziren lassen, nach Beendigung des Zwangsvollstreckungsverfahrens aber Wechsel und Judikat wieder zurückerhalten solle.

Der Prozess zwischen Isidor D. und dem jetzigen Beklagten verlief in der verabredeten Weise, und es erging Versäumnissurtheil gegen letzteren, welches rechtskräftig wurde. Nach dem Tode des Isidor D. wurde über dessen Nachlass

---

[64]) Kohler a. a. O. S. 94 und anderwärts.

der Konkurs eröffnet, und in diesem zedirte der Verwalter dem jetzigen Kläger unter Anderem auch die Forderung aus dem Wechselurtheile. Der Beklagte erlangte aber gegen den Verwalter eine einstweilige Verfügung, durch die ihm untersagt wurde, die Wechsel und die Urtheilsausfertigung dem Kläger auszuhändigen. Dieser forderte daher mit seiner Klage vom Beklagten Einwilligung in die Herausgabe der Wechsel und des Urtheils sowie Ertheilung der Vollstreckungsklausel.

Das Reichsgericht hat zu Gunsten des Beklagten entschieden. In den Gründen wird ausgeführt:

> Die in dem Nichtverhandeln auf die zum Scheine erhobene Wechselklage enthaltene Willenserklärung war keine ernstliche, und das auf Grund derselben ergangene Wechseljudikat war nach seiner rechtlichen Natur nicht geeignet, das vertragsmässig zwischen den Parteien bestehende Rechtsverhältniss in ein anderes umzuwandeln und Rechte zu begründen, die nach dem Willen der Parteien nicht entstehen sollten. . . . .
>
> Sollte vertragsmässig kein Recht aus dem Judikat entstehen, so kann auch nicht zweifelhaft sein, dass die Geltendmachung der Wirkungslosigkeit des Judikats nicht an die Voraussetzungen des § 686 C.P.O. oder gar der Restitutionsklage (§§ 543 ff. C.P.O.) gebunden sein kann.

Es mag zunächst erwähnt werden, dass das Reichsgericht sich in einer anderen, bei Seuffert Bd. 44 S. 375 f. abgedruckten Entscheidung eines simulirten Prozesses nicht auf diesen Standpunkt gestellt, sondern im einzelnen geprüft hat, ob die Voraussetzungen des früheren § 686 (jetzt 767) vorlägen (vgl. unten § 17). Ferner sei hervorgehoben, dass nicht recht ersichtlich ist, in welcher Weise die Unwirksamkeit des Urtheils nach der Ansicht des Reichsgerichts denn geltend gemacht werden soll; Muthmassungen darüber werden noch unten zur Sprache kommen. Hier interessirt lediglich der prinzipielle Standpunkt, den das Reichsgericht in obiger Entscheidung einnimmt. Es unterwirft darin die Wirkung eines richterlichen Urtheils der Parteidisposition: das Urtheil ist gültig und hat die gesetzlich normirten Wirkungen, wenn die Parteien dies wollen; es ist nichtig und wirkungslos, wenn die Parteien so vereinbart haben; es ist dann ein völliges juristisches Nichts. Der Grundsatz: *res iudicata ius facit inter partes* ist keine zwingende, sondern eine dispositive Rechtsnorm.

Allein diese Anschauung widerspricht m. E. dem Zwecke des Civilprozessrechts.[65]) Wer den Satz von der materiellen Rechtskraftwirkung des Urtheils für dispositiv erklärt, müsste konsequenter Weise das ganze Civilprozessrecht für dispositiv erachten, wodurch dasselbe aber aufhörte, öffentliches Recht zu sein und sich dem Privatrecht eingliederte. Denn der Grundsatz: *res iudicata ius facit inter partes* bildet sozusagen die Quintessenz des Civiprozessrechts; er ist der Schlussstein des aufgeführten Prozessgebäudes, in ihm ist der Zweck des Prozesses erfüllt. Der Prozess ist dazu bestimmt, die konkrete Rechtsnorm zu schaffen, Rechtsgewissheit herbeizuführen. Sollten diese Wirkungen durch eine Parteiabrede beseitigt werden können? Sollte das Urtheil, das mit so vielem Aufwand unter Mitwirkung der staatlichen Gerichte geschaffen, das „Im Namen des Königs" ausgefertigt wird, wirkungslos und daher *ipso iure* nichtig sein, wenn die Parteien dies vereinbaren? Gewiss nicht; der öffentlichrechtliche Karakter des Prozesses und des Urtheils verhindert dies. Wäre die Ansicht des Reichsgerichts zutreffend, so entbehrte das Urtheil jeglicher ernsten Grundlage, so hätten die Parteien thatsächlich ein Mittel in der Hand, um den Prozess zu einer Komödie zu

---

[65]) Vgl. Bülow, Dispositives Civilprozessrecht u. s. w., im Archiv f. d. civ. Praxis Bd. 64 S. 1 ff. und namentlich Absolute Rechtskraft des Urtheils ebenda Bd. 83 S. 1 ff. In letzterer Abhandlung betont Bülow vorwiegend die materielle Seite der Sache; doch dürfte das prozessuale Moment in den Vordergrund zu stellen sein; wegen des öffentlichen Karakters des Urtheils sind dessen Wirkungen der Parteidisposition entzogen. Wie übrigens bemerkt werden soll, hat Bülow nur den Fall im Auge, dass nachträglich auf die Urtheilswirkung verzichtet wird. Beim simulirten Prozesse würde dieser Verzicht sogar schon erfolgen, ehe überhaupt das Urtheil gefällt ist. — Eine gefährliche Bestimmung wollte § 191 Abs. 2 des I. Entwurfes zum B.G.B. einführen. § 191 sollte lauten:

> Das rechtskräftige Urtheil ist massgebend für das Rechtsverhältniss zwischen den Parteien. Das rechtskräftig Zuerkannte kann nicht mehr bestritten, das rechtskräftig Aberkannte nicht mehr geltend gemacht werden.
>
> Auf diese Wirkung des rechtskräftigen Urtheils kann verzichtet werden.

In der zweiten Lesung liess man jedoch die Auffassung der ersten Kommission fallen und strich die Bestimmung, welche daher nicht in das Bürgerliche Gesetzbuch übergegangen ist.

gestalten! — Nein, der Satz: *res iudicata ius facit inter partes* muss unter allen Umständen der Privatwillkür entzogen werden; wenn irgend ein anderer, so ist er *iuris publici*, und gilt für ihn das oft citirte Wort: *Ius publicum privatorum pactis mutari non potest.*

Als letzter Beweis für das Gesagte möge hier eine praktische Erwägung angeführt sein: das im Prozess ergehende Urtheil enthält in jedem Falle auch eine Bestimmung über die Prozesskosten. Was nun die aussergerichtlichen Kosten anlangt, so könnte man vielleicht *a priori* sagen, dass dieselben im simulirten Prozess als gegeneinander aufgewogen gelten müssten (vgl. unten § 18). Wie aber steht es mit den Gerichtskosten? Durch das Urtheil wird der einen Partei auferlegt, an die Gerichtskasse denjenigen Betrag zu zahlen, welchen diese nach dem Gerichtskostengesetze zu erhalten hat. Soll denn nun etwa die verurtheilte Partei sich darauf berufen dürfen, dass ein simulirter Prozess, dass ein simulirtes Urtheil vorläge? ein Urtheil ohne Rechtskraft? Diese Schlussfolgerung wird wohl Niemand, auch das Reichsgericht nicht, ziehen wollen; wenn aber das Urtheil in diesem Punkte rechtskräftig ist, so muss es überhaupt rechtskräftig sein; es wäre geradezu eine Ironie, wenn man von einem theilweise rechtskräftigen Urtheile reden wollte.

Sonach ist klar: der Prozess an sich, das Urtheil als solches wird durch eine Simulationsabrede der Parteien nicht in Frage gestellt. Das Urtheil ist und bleibt ein rechtskräftiges, vollwirksames. Es ist daher auch durchaus richtig und in der Ordnung, dass die Civilprozessordnung die Simulation der Parteien nicht als Nichtigkeits- (oder Restitutions-) grund gelten lässt. Trotzdem wird man sich aber der logischen Nothwendigkeit nicht verschliessen können, dass die Inkongruenz, die in jedem simulirten Prozesse liegt, sich auf irgend eine Weise äussern muss. Und sie thut dies auch in Wirklichkeit. Aber nicht im Stadium des eigentlichen Prozesses — sagen wir des Prozesses bis zum Urtheile —, sondern erst im Stadium der Zwangsvollstreckung. Der simulirte Prozess im engeren Sinne ist nicht ein eigenes rechtliches Gebilde, welches theoretisch vom regulären Prozesse zu scheiden wäre; dagegen bietet sich praktisch eine Handhabe, um den harten Folgen

zu begegnen, welche das kondemnirende Urtheil gegen den Verurtheilten mit sich bringt. Um dies zu beweisen, ist es nöthig, die Abreden, die die künftigen Parteien des simulirten Prozesses vor der Klageerhebung treffen, im einzelnen zu prüfen.

Die Vereinbarungen werden stets etwa folgendermassen lauten: *A* erklärt sich bereit, die Klage gegen B zu erheben und vorzutragen. *B* seinerseits verspricht je nachdem, die thatsächlichen Behauptungen des Klägers zuzugestehen oder gewisse Einwendungen zu erheben, unter Umständen auch den Termin ganz zu versäumen und sich kontumaziren zu lassen. Beide Theile erklären — ausdrücklich oder stillschweigend —, keine Rechtsmittel einzulegen, das Urtheil also rechtskräftig werden zu lassen. Ausserdem dürfte regelmässig eine Verabredung wegen der entstehenden Prozesskosten getroffen werden. Endlich aber verpflichtet sich der Kläger in den meisten Fällen des simulirten Prozesses, von dem ergehenden Urtheile keinen Gebrauch zu machen, m. a. W. die Zwangsvollstreckung zu unterlassen. Gleichgültig ist dabei, ob der Kläger *expressis verbis* dies zusagt oder nicht. Denn die genannte Verpflichtung des Klägers ist in den übrigen Abmachungen der Parteien enthalten, mit ihnen untrennbar verbunden.[66])

Die Frage ist nun lediglich die: Stellt sich die letzterwähnte, hier zunächst allein in Betracht kommende Abrede zwischen den Parteien als ein rechtsgültiger Vertrag dar, der eine wirksame Verpflichtung begründen kann? Diese Frage ist zu bejahen. Kohler hat in einer Abhandlung[67]) überzeugend nachgewiesen, dass es prozessrechtliche Verträge giebt — wiederum eine Ausdehnung materieller Rechtsbegriffe auf prozessuales Gebiet —, und dass diese Verträge ebenso wie die Rechtsgeschäfte des Privatrechts stets dann gültig sind, wenn sie weder gegen ein gesetzliches Verbot noch gegen

---

[66]) Es giebt freilich auch Fälle, wo den Parteien gerade an der Zwangsvollstreckung gelegen ist; vgl. die in Anm. 3 angeführten Beispiele. Diese Fälle werden von den folgenden Ausführungen dieses Paragraphen und des § 17 nicht mit betroffen; vgl. darüber § 18.

[67]) Kohler, Prozessrechtliche Verträge bei Gruchot Bd. 31 S. 276 ff., 481 ff.

die guten Sitten verstossen. Der hier in Rede stehende Vertrag gehört nun zu der Gruppe derjenigen, „welche die Zwangsvollstreckung im voraus ausschliessen oder beschränken".[68]) Solche Verträge sind aber einmal durch kein Gesetz verboten, und sodann kann auch nicht behauptet werden, dass sie gegen die guten Sitten verstossen. Zum mindesten nicht generell; kann es doch leicht vorkommen, dass ein Gläubiger, dem es vorerst nur an einem Titel gelegen ist, seinem Schuldner verspricht, das Urtheil binnen gewisser Zeit nicht vollstrecken zu lassen. Und was speziell den simulirten Prozess im engeren Sinne betrifft, so könnte man vielleicht in den Fällen einen Verstoss *contra bonos mores* erblicken, wo aus reinem Muthwillen oder gar aus Hinterlist gegenüber anderen Gläubigern der Prozess ins Werk gesetzt wird. Allein auch hier — wie schon einmal an anderer Stelle — lässt sich der erhobene Einwand durch die Erwägung zurückweisen, dass es sich um blosse Beweggründe handelt.[69]) Der Inhalt des Vertrags, auf den es allein und ausschliesslich ankommt, ist in der Regel nicht unsittlich.

---

[68]) Es sei erwähnt, dass der Vertrag, den die Parteien vor dem Beginne des Prozesses schliessen, sich vielleicht auch als ein privatrechtlicher auffassen lässt, als eine Art *pactum de non amplius petendo*. Dann gilt das Folgende ebenfalls, so dass ein sachlicher Unterschied sich nicht ergiebt.

[69]) Es ist allerdings streitig, inwieweit die Beweggründe die Sittlichkeit eines Geschäftsinhalts zu beeinflussen vermögen. Der I. Entwurf des B.G.B. besagte in § 106:

> Ein Rechtsgeschäft, dessen Inhalt gegen die guten Sitten verstösst, ist nichtig.

Dagegen bestimmt der § 138 B.G.B.:

> Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstösst, ist nichtig;

und die Komm. Prot. Bd. 1 S. 123 führen aus, es käme nicht nur darauf an, ob der Inhalt des Geschäfts gegen die gute Sitte verstösst, sondern auch die Motive seien bedeutsam, um den Inhalt des Rechtsgeschäfts in das richtige Licht zu setzen.

Hiermit ist jedoch m. E. gar nichts gesagt; die Ausdrucksweise der Protokolle selbst ist unbestimmt und dunkel. Vielmehr glaube ich, dass es nach wie vor lediglich auf den Geschäftsinhalt ankommt; dieser aber ist von den Beweggründen gänzlich unabhängig. Ein Rechtsgeschäft verstösst nur dann gegen die guten Sitten, wenn sein Inhalt dagegen ver-

Somit ersehen wir: das karakteristische des simulirten Prozesses im engeren Sinne liegt darin, dass der „Gläubiger" sich gültig verpflichtet, keine Zwangsvollstreckung aus dem ergehenden Urtheile vorzunehmen. Zu erörtern bleibt noch, welche Handhabe das geltende Recht bietet, um die Verpflichtung des Klägers zu verwerthen. Davon wird noch weiter unten die Rede sein.

II. Kapitel.

Praktische Behandlung des simulirten Prozesses.

§ 16.

1. Der Prozess bis zum Urtheile.

Nach dem vorher Gesagten könnte es überflüssig scheinen, auf die praktische Behandlung des simulirten Prozesses im engeren Sinne selbst (d. h. des Prozesses bis zum Urtheile, mit Ausschluss der Zwangsvollstreckung) überhaupt einzugehen. Und in der That zeigt dieser Prozess keine Eigenthümlichkeiten gegenüber dem regulären Prozesse, vorausgesetzt dass die sogen. Simulation dem Gerichte verborgen bleibt. Wie gestaltet sich nun aber die Sache, wenn das Gericht früher

stösst, nicht wenn etwaige Motive dagegen verstossen, mögen die Parteien nun über die letzteren einverstanden sein oder nicht.

Auch Leonhard, Allg. Theil S. 376 schränkt die Ausführung der Protokolle ein. Als Beispiel dafür, dass die Motive trotzdem bisweilen ausschlaggebend seien, führt er die Schenkung zu einem klar erkennbaren Bestechungszweck an. Hierbei ist jedoch zu berücksichtigen, dass Schenkung im Rechtsinne nur vorliegt, wenn beide Theile darüber einig sind, dass die Zuwendung unentgeltlich erfolgt. Dies trifft bei der sogen. Schenkung zu Bestechungszwecken nicht zu; vielmehr stellt sich dieselbe als ein gegenseitiger Vertrag dar, auf Grund dessen der eine Theil dem anderen für eine pflichtwidrige Handlung einen Vermögensvortheil zuwendet. Der Inhalt eines solchen Vertrags aber verstösst natürlich gegen die guten Sitten. — Was einen anderen oft besprochenen Fall anlangt, die Vermiethung von Wohnungen an Prostituirte (oder an Falschmünzer), so ist hier gleichfalls der Inhalt des Rechtsgeschäfts den guten Sitten zuwiderlaufend. Vgl. Entsch. d. R.G. in Civ. Sachen, Bd. 38 S. 200. — Dagegen ist der Verkauf eines Hauses an einen Bordellbesitzer zu Zwecken der gewerbsmässigen Unzucht, der Verkauf eines Dolches zum Zwecke eines Todtschlags m. E. nach altem wie nach neuem Rechte gültig.

oder später in die Absicht der Parteien, den Prozess nur zum Scheine zu führen, eingeweiht wird?

Zwei Fälle sind dabei denkbar: entweder das Gericht erfährt bereits von der Simulation, ehe das Prozessrechtsverhältniss entstanden ist, z. B. der Kläger erklärt bereits in der Klageschrift, die er bei Gericht einreicht, dass er die Klage nur zum Scheine erhebe, dass seine Ansprüche fingirt seien. Oder aber das Gericht entdeckt diesen Sachverhalt erst nach Begründung des Prozesses, sei es durch den Kläger selbst, sei es durch den Beklagten, sei es durch einen Dritten.

Im ersteren Falle trifft gerade das Moment zu, welches wir bisher vermissten und wegen dessen wir die Existenz einer besonderen Prozessart „simulirter Prozesse" in Abrede stellten. Hier erklärt ja der Kläger sowohl dem Beklagten als auch dem Gerichte gegenüber seine Absicht, einen Scheinprozess zu führen. Würde daher das Gericht thatsächlich in den Prozess eintreten und ein Urteil fällen,[70]) so läge Simulation vor, so hätten wir einen simulirten Prozess vor uns, einen Prozess, der sich von vornherein als eine Komödie darstellte, und der deshalb nicht als wirksam und vollgültig angesehen werden könnte.

Allein ein solcher Prozess ist, falls der Richter seine Pflicht thut, eine Unmöglichkeit. Denn hier haben wir einen jener Fälle, in denen der Vorsitzende des Prozessgerichts die Terminsbestimmung versagen und dadurch von vornherein die Entstehung des Prozessrechtsverhältnisses vereiteln muss. Oben wurde bereits die Frage erörtert, wann die Terminsanberaumung verweigert werden kann, und es stellte sich dabei heraus, dass dies nur möglich ist, wenn überhaupt keine Ladung oder wenn eine scheinbare Ladung vorliegt. Letzteres trifft aber hier zu; eine Klage, in der der Kläger erklärt, er wolle nur zum Scheine klagen, ist keine Klage, die Ladung in dieser Klage keine Ladung, und aus diesem Grunde hat der Gerichtsvorsitzende seine Thätigkeit zu verweigern.

Verhält sich die Sache doch genau so bei den anderen beiden Rechtsakten, die wir schon einmal zum Vergleiche herangezogen haben: bei der Eheschliessung und bei der Auflassung.

---

[70]) Vgl. unten § 20.

Erklärt einer der Verlobten, die Ehe nur zum Scheine eingehen zu wollen, so verweigert der Standesbeamte die Eheschliessung; eröffnet einer der Auflassenden dem Richter, dass man ein simulirtes Rechtsgeschäft vornehmen wolle, so weist ihm der Richter die Thür.[71]) In diesen Fällen steht wie beim Prozesse die öffentliche Autorität des Staates den Privatpersonen gegenüber; und diese Autorität, die gerade als unparteiische Mittlerin, als Wächterin des Wahren und Rechten mitzuwirken berufen ist, kann unmöglich an einem Gaukelspiele theilnehmen, das die Privatpersonen veranstalten wollen. Damit würde der Zweck, den der Standesbeamte, den der Grundbuchrichter, den insbesondere auch der Prozessrichter erfüllen soll, gänzlich missbraucht.

Damit fände also die erste der beiden oben genannten Möglichkeiten ihre Erledigung: erklärt der Kläger schon in der Klageschrift seinen Simulationswillen, so lehnt der Richter es ab, einen Termin zur mündlichen Verhandlung zu bestimmen, und schickt dem Scheinkläger sein Schreiben zurück oder nimmt es zu den Sammelakten. Anders, wenn das Gericht erst im Laufe des Prozesses von der Absicht der Parteien Kenntniss erhält. Denn dann ist bereits ein Prozessrechtsverhältniss ordnungsmässig begründet worden, m. a. W. die Rechtshängigkeit eingetreten, und das Gericht kann nicht plötzlich seine Mitwirkung versagen, sondern muss zum Sachurtheile schreiten.[72])

Aber auch in diesem Falle kann es niemals zu einem simulirten Urtheile kommen. Wir müssen unterscheiden: entweder theilt der Beklagte — sozusagen aus der Rolle fallend — den wahren Sachverhalt mit. Dann ist von Simulation keine Rede mehr, sondern das Gericht erhebt, sofern der

---

[71]) Dies gilt jedoch nur für simulirte, nicht etwa auch für fiduziarische Geschäfte. Bei letzteren liegt für den Richter kein Grund vor, seine Mitwirkung zu verweigern.

[72]) Unrichtig ist die Auffassung Kohlers, Prozess als Rechtsverhältniss S. 94, dass das Gericht hier *per absolutionem ab instantia* abzuweisen hätte, weil es an der Voraussetzung eines ordnungsmässigen Prozessrechtsverhältnisses fehlte. Denn die etwaigen Motive des Klägers bei der Klageerhebung sind belanglos; sein ernster Wille, einen Prozess zu begründen, ist keine Prozessvoraussetzung (vgl. oben § 13).

Kläger nicht die Klage unter Zustimmung des Beklagten zurücknimmt, Beweis über die nunmehr streitigen Parteibehauptungen und weist, da sich der Klageanspruch als fingirt herausstellt, die Klage ab. Oder der Kläger verräth seine Simulationsabsicht. Dann muss ebenfalls Abweisung erfolgen, mag auch der Beklagte im Termin ausbleiben (denn das thatsächliche Vorbringen des Klägers rechtfertigt ja den Klageantrag nicht, § 331 Abs. 2 C.P.O.), oder mag er zugestehen (denn das Gericht hat nach dem gesammten Inhalte der Verhandlungen zu entscheiden, § 286 C.P.O.), oder mag er selbst anerkennen (denn ein Anerkenntnissurtheil ist ausgeschlossen, weil ein innerer Widerspruch zwischen den Erklärungen der Parteien besteht; erklärt der Kläger selbst, keinen Anspruch zu haben, so kann ihn der Beklagte auch nicht anerkennen; das Anerkenntniss eines fingirten Anspruchs ist ein Unding).

Denkbar ist endlich noch, dass ein Dritter dem Gericht in einer Eingabe von der Scheinnatur der erhobenen Klage bezw. des ganzen Prozesses Mittheilung macht. Es fragt sich, ob das Gericht eine solche Eingabe zu berücksichtigen hat oder nicht. Grundsätzlich ist zu sagen, dass Eingaben, Mittheilungen, Schriftsätze Dritter im Prozess überhaupt keine Beachtung finden dürfen, es sei denn, dass das Gesetz dies ausdrücklich gestattet (z. B. im Falle der Nebenintervention). Immerhin glaube ich, dass dieser Satz nicht streng durchzuführen ist, sondern bisweilen eine Aenderung erleidet, und zwar aus demselben Grunde, aus welchem oben § 10 das Gericht für befugt erachtet wurde, unter gewissen Voraussetzungen die Ernstlichkeit einer Parteierklärung zu prüfen. Ist nämlich die Befürchtung gerechtfertigt, dass ein Scherz mit dem Gerichte getrieben, dass die gerichtliche Autorität gemissbraucht werden soll und dergl., so hat das Gericht m. E. das Recht, auch die Eingabe eines Dritten zu berücksichtigen. Nehmen wir z. B. an, ein Fortbildungsschüler habe zum Scherze eine formgerechte Klage bei Gericht eingereicht (das Beispiel wurde bereits in § 10 angeführt) und unmittelbar darauf träfe ein Schreiben des Vaters ein, er habe in Erfahrung gebracht, was sich sein Sohn erlaubt habe, bäte vielmals um Entschuldigung u. s. w. Hier wird der Richter auf die Klage keinen Termin anberaumen, sondern zunächst den Fortbildungsschüler vor-

laden und ihn über die Ernstlichkeit seiner Klage vernehmen.

So finden wir auch hier wiederum den Satz bestätigt, dass es einen simulirten Prozess oder gar ein simulirtes Urtheil in dem hier verstandenen engeren Sinne nicht giebt, und wir können uns nunmehr zur Beantwortung der Frage wenden, die wir am Ende des vorigen Paragraphen aufwarfen: ist es dem verurtheilten Beklagten möglich, die Zwangsvollstreckung abzuwenden, auf Grund der vom Kläger vertragsmässig übernommenen Verpflichtung, keinen Gebrauch von dem im Prozess ergehenden Urtheile zu machen?

§ 17.

2. Die Zwangsvollstreckung.

Wir stellten oben fest, dass die vom Kläger übernommene Verpflichtung regelmässig Gültigkeit hat. Die etwaigen materiellen Folgen werden unten noch zur Sprache kommen; hier handelt es sich lediglich um die Möglichkeit der Geltendmachung in der Exekutionsinstanz. Nach der Civilprozessordnung hat nun der verurtheilte Beklagte, der „Schuldner", drei Arten von Einwendungen gegen den zur Zwangsvollstreckung schreitenden „Gläubiger": er kann sich einmal gegen die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel wenden (§ 732), er kann ferner die Art und Weise der Zwangsvollstreckung oder das bei derselben vom Gerichtsvollzieher beobachtete Verfahren bemängeln (§ 766), und er kann endlich die sog. Vollstreckungsgegenklage aus § 767 C.P.O. erheben.

Die beiden ersten Arten von Einwendungen sind dem im simulirten Prozesse verurtheilten Beklagten verschlossen. Es ist klar, dass derselbe die Art und Weise der Vollstreckung nicht angreifen will, denn er bestreitet das Recht des Klägers auf Vollstreckung als solches. Andererseits kann aber auch § 732 nach der von uns vertretenen Auffassung nicht in Frage kommen; denn nach § 704 C.P.O. findet die Zwangsvollstreckung statt aus Endurtheilen, welche rechtskräftig sind, was hier vorausgesetzt wird. Zu einem anderen Ergebnisse müsste das Reichsgericht in Konsequenz seiner angezogenen Entscheidung Bd. 36 S. 249 ff. gelangen, weil Beklagter sich die Vollstreckungs-

klausel auf Grund eines unwirksamen, nicht wirklich rechtskräftigen Urtheils nicht gefallen zu lassen brauchte. Wäre dies richtig, so hätte jeder Schuldner in der That ein hübsches Mittel in der Hand, um durch den Einwand des „simulirten Judikats“ die Vollstreckung hinzuziehen.

Es bleibt also nur die Klage aus § 767 C.P.O. Diese ist bezüglich ihrer Zulässigkeit an mehrere Voraussetzungen geknüpft. Zunächst ist nämlich erforderlich, dass die Zwangsvollstreckung begonnen hat, aber noch nicht beendet ist. Der Kläger muss also die ersten Schritte zur Realisirung des Urtheils gethan haben.[73]) Ausserdem aber ist für die Zulässigkeit der Vollstreckungsgegenklage zweierlei nothwendig: einmal, dass die Einwendung, welche der Schuldner erhebt, den durch das Urtheil festgestellten Anspruch selbst betrifft, und sodann, dass der Grund, auf dem die Einwendung beruht, erst nach dem Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung entstanden ist, in der die Einwendung spätestens hätte geltend gemacht werden müssen.

Was zunächst die erstgenannte Voraussetzung betrifft, so fragt es sich, welches sind denn Einwendungen, welche den Anspruch selbst betreffen? Natürlich alle, welche dem Anspruche dauernd oder zeitweilig entgegengesetzt werden können, d. h. nicht nur solche, welche den Anspruch direkt vernichten, wie Zahlung, Vergleich u. a., sondern auch solche, die seiner Realisirung überhaupt oder in der vom Gläubiger beanspruchten Weise entgegenstehen, wie namentlich das bisherige preussische *beneficium excussionis realis* und das gemeinrechtliche *beneficium competentiae*.[74]) Zu der letzteren Klasse von Einwendungen gehört auch die hier in Rede stehende des vertragsmässigen Ausschlusses der Vollstreckung. Dies ergiebt sich schon aus

[73]) Ob Beklagter auch, ohne dass der Kläger die Vollstreckung eingeleitet hat, in der Lage ist, dessen vertragsmässige Verpflichtung geltend zu machen, wird noch zu erörtern sein.

[74]) Vgl. z. B. die Kommentare von Reincke, v. Wilmowski-Levy, Seuffert und Gaupp-Stein zu § 767 bezw. § 686 a. F., und insbesondere Fischer in Jherings Jahrbüchern Bd. 34 S. 459 ff. Es werden absichtlich zwei Beispiele aus dem bisherigen Rechte gewählt, da dieselben die Sachlage besonders treffend kennzeichnen. Auf die Aenderungen, die die beiden *beneficia* durch das Bürgerliche Gesetzbuch erfahren haben, kann hier nicht eingegangen werden.

einer Vergleichung mit dem *beneficium competentiae*. Allerdings ist die Natur des letzteren streitig. Stellt man sich jedoch auf den Standpunkt, dass die Rechtswohlthat ein Exekutionsprivileg ist, dass sie nicht die Schuld selbst mindert, sondern nur deren Beitreibung hemmt,[75]) so hat beim *beneficium competentiae* der Verurtheilte kraft Gesetzes das Recht, die Zwangsvollstreckung bis zu einem gewissen Grade, ja unter Umständen ganz von sich abzuwehren (letzteres nämlich dann, wenn er ausser dem nothdürftigen Unterhalt überhaupt kein Vermögen hat). Im vorliegenden Falle aber wird dem Verurtheilten durch Vertrag das Recht zugestanden, die Unterlassung der Zwangsvollstreckung fordern zu können. Was dort das Gesetz dem Schuldner gewährt, gewährt ihm hier der Vertrag. Schon aus dieser Vergleichung erhellt, dass die Einrede des vertragsmässigen Ausschlusses der Vollstreckung den „Anspruch selbst" ebenso betrifft wie das *beneficium competentiae*. Zu demselben Ergebnisse gelangt man aber auch, wenn man den Inhalt der fraglichen Einrede ins Auge fasst; dieselbe betrifft zweifellos die Möglichkeit der Vollstreckung und damit eben die Realisirbarkeit des Anspruchs.[76])

Die andere Voraussetzung für die Erhebung der Vollstreckungsgegenklage war die, dass der Grund, auf dem die Einwendung beruht, erst nach dem Schlusse der entscheidenden mündlichen Verhandlung entstanden sein muss. Wie steht es damit im vorliegenden Falle? Der Grund, d. i. der Rechtsgrund, auf den die Einwendung gestützt wird, ist der Vertrag, den die Parteien vor dem Beginne des ganzen Prozesses abgeschlossen haben. Der Grund liegt nicht etwa erst in der Zuwiderhandlung des Gläubigers gegen die ver-

---

[75]) So Dernburg, Pandekten, 5. Aufl., Bd. 2 § 57. Anders z. B. Kohler bei Grünhut Bd. 14 S. 22ff.: „Das *beneficium competentiae* ist durchaus nicht prozessuales Exekutionsbenefiz, sondern ein civilistisches *beneficium*" u. s. w. — Eine Untersuchung dieser Streitfrage ist hier nicht am Platze.

[76]) Zu demselben Resultate kommen Kohler, Prozessrechtliche Verträge bei Gruchot Bd. 31 S. 313 und im Civ.Archiv Bd. 80 S. 141f., R.G. bei Seuffert Bd. 44 S. 375f., Gaupp-Stein, Kommentar, 3. Aufl., Anm. 1 zu § 686 a. F. a. E.

tragsmässig übernommene Verpflichtung, wie Kohler meint.[77]) Letzterer führt zur Begründung seiner Ansicht aus, dass erst durch die gedachte Zuwiderhandlung ein „Anspruch auf Redressirung eines rechtswidrigen Zustandes" begründet würde, dass erst dadurch eine *exceptio doli* entstände. Allein in diesen Sätzen wird der äussere Anlass mit dem inneren Rechtsgrunde verwechselt. Die Zuwiderhandlung des Gläubigers gegen die übernommene Verpflichtung bildet nur den äusseren Anlass für die Einwendung; der Rechtsgrund liegt in dem bereits früher abgeschlossenen Vertrage. Dass aber nur dieser letztere Grund für § 767 in Betracht kommen kann, zeigt sich deutlich aus einer Vergleichung mit den übrigen Einwendungen, die unter den genannten Paragraphen fallen. Auch bei diesen sind stets ein zurückliegender Rechtsgrund und ein äusserer Anstoss zu unterscheiden, welcher letztere überall eben in der Einleitung der Zwangsvollstreckung liegt. Nehmen wir z. B. an, der Schuldner habe den im Urtheile festgesetzten Betrag gezahlt und wolle nunmehr gegen den Gläubiger, der dem ungeachtet die Vollstreckung begonnen hat, die Klage aus § 767 erheben. Hier ist der Rechtsgrund, auf dem die Einwendung beruht, die Zahlung; wäre dieselbe bereits vor der letzten Verhandlung erfolgt, so könnte der Schuldner die Vollstreckungsgegenklage jetzt nicht mehr erheben. Der Anspruch auf „Redressirung eines rechtswidrigen Zustandes" aber, den Kohler als massgebend bezeichnet, ist auch in diesem Falle erst mit dem Beginne der Zwangsvollstreckung entstanden; vorher existirte ein derartiger Anspruch nicht, da der obwaltende Zustand dem Rechte völlig entsprach. Daher dürfen wir einen solchen Anspruch auch nicht als ausschlaggebend bezeichnen, sondern den Anspruch auf Unterlassung der Vollstreckung. Dieser aber war im letzterwähnten Falle bereits im Augenblicke der Zahlung entstanden, und auch in unserem Falle existirt er bereits seit dem Abschlusse des Vertrags, der die Vollstreckung ausschloss.

Obwohl aus dem Vorstehenden erhellt, dass der Grund, auf dem die Einwendung des Beklagten beruht, bereits vor

---

[77]) Kohler a. a. O. bei Gruchot Bd. 31 S. 312.

der entscheidenden mündlichen Verhandlung entstanden ist, muss aber dennoch die Vollstreckungsgegenklage für zulässig erachtet werden. Denn wenn § 767 Abs. 2 C.P.O. erfordert, dass die Einwendungen vor derjenigen mündlichen Verhandlung entstanden seien, in welcher sie spätestens hätten geltend gemacht werden müssen, so hat er ohne Frage nur die Einwendungen im Auge, welche ihrer Natur nach in dieser mündlichen Verhandlung geltend gemacht werden konnten. Die Bestimmung des § 767 Abs. 2 bezieht sich aber nicht auf solche Einwendungen, welche die Realisirbarkeit des Anspruchs in der Weise betreffen, dass sie erst in der Exekutionsinstanz vorgeführt werden können, gleichviel ob der Rechtsgrund, auf dem sie beruhen, früher entstanden ist oder nicht. Zu diesen Einwendungen gehört z. B. das *beneficium excussionis realis* des bisherigen preussischen Rechts. Dasselbe kann erst in dem Augenblicke geltend gemacht werden, in welchem der Gläubiger die Vollstreckung in das übrige Vermögen des Schuldners betreibt, gleichviel wann der Grund, auf dem es beruht, entstanden war; und deshalb ist, wie fast allgemein angenommen wurde, die Vollstreckungsgegenklage in diesem Falle gegeben ohne Rücksicht auf die Voraussetzung des § 767 Abs. 2.[78]) Ob das Gleiche auch bezüglich des gemeinrechtlichen *beneficium competentiae* zu gelten hat, ist sehr bestritten, weil im allgemeinen angenommen wird, dass das *beneficium* bereits im Prozesse selbst geltend gemacht werden konnte und dem Schuldner dann im Urtheile vorbehalten wurde. Unter dieser Voraussetzung wird man allerdings zu der Ansicht gelangen müssen, dass das *beneficium* nicht mehr mit der Vollstreckungsgegenklage vorgeschützt werden kann, wenn der Grund, auf dem es beruhte, bereits früher entstanden war und der Schuldner lediglich versäumt hat, die Einrede vor Erlass des Urtheils vorzubringen.[79])

[78]) So zutreffend die Kommentare von Seuffert, Reincke, Struckmann-Koch und v. Wilmowski-Levy zu § 767 bezw. 686. Vgl. R.G.Entsch. Bd. 25 S. 362 und anderwärts. — A. M. Gaupp-Stein, Kommentar zu § 686a. F.

[79]) Derselben Ansicht sind z. B. Seuffert a. a. O., Gaupp-Stein a. a. O., Schmidt, Lehrbuch S. 769. Vgl. auch Fischer a. a. O. S. 459f. — A. M. v. Wilmowski-Levy Anm. 7 zu § 686; s. ferner Dernburg, Pandekten Bd. 2 § 57 Anm. 8.

Sollte dagegen, so ist treffend ausgeführt worden, die Einrede des Beneficiums nach Landesrecht nur im Stadium der Zwangsvollstreckung vorgebracht werden können, so würde sie durch § 767 Abs. 2 nicht getroffen, sondern „ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt ihrer Entstehung zur Widerspruchsklage tauglich sein".[80])

Aus dieser Darlegung ergiebt sich, dass die hier in Frage stehende Einrede des vertragsmässigen Ausschlusses der Vollstreckung ebenfalls ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt ihrer Entstehung mit der Vollstreckungsgegenklage geltend gemacht werden kann. Denn auch bei dieser Einrede ist es vollständig gleichgültig, wann der Vertrag, auf dem sie beruht, abgeschlossen worden ist; sie wird in jedem Falle erst in der Exekutionsinstanz wirksam, ihre Geltendmachung im Prozess ist ausgeschlossen und würde die Verurtheilung des Beklagten nicht im mindesten beeinflussen. Von ihr gilt daher dasselbe, was bezüglich der *exceptio excussionis realis* gesagt wurde, und was auch bezüglich der *exceptio ex beneficio competentiae* gelten müsste, wenn deren Geltendmachung im Hauptprozesse selbst ausgeschlossen wäre. Der Umstand, dass eine Einwendung erst nach Beginn der Vollstreckung vorgeschützt werden kann, spricht gebieterisch dafür, den Abs. 2 des § 767 hier nicht anzuwenden, zumal er weder dem Wortlaute noch dem Sinne nach auf einen solchen Fall passt.

Dem gegenüber darf nicht eingewendet werden, dass der Beklagte sich durch Aufklärung des wahren Sachverhalts, d. i. der Unrichtigkeit der klägerischen Behauptungen, vor der Verurtheilung hätte schützen können. Allerdings ist dies richtig, aber darum handelt es sich hier nicht. Denn die Verpflichtung des Klägers zur Unterlassung der Exekution ist eine selbständige, für sich bestehende; und gerade diese Verpflichtung konnte Beklagter im letzten zulässigen Termine nicht mit Erfolg geltend machen. Er konnte nur die Verurtheilung aus anderen Gründen abwenden, was aber für die vorliegende Frage völlig gleichgültig ist. Ein Beklagter, der gegen den vom Kläger erhobenen Anspruch eine peremptorische Einrede anzuführen im Stande war, dies aber versäumte und des-

[80]) Seuffert a. a. O.

wegen verurtheilt wurde, kann nichts desto weniger andere Einwendungen mit der Vollstreckungsgegenklage geltend machen, wie die *exceptio excussionis realis* oder die *exceptio ex beneficio competentiae,* um bei den angeführten Beispielen zu bleiben. Ebenso kann Beklagter auch im vorliegenden Falle, obwohl er im Stande gewesen wäre, seine Verurtheilung abzuwenden, die Einrede des vertragsmässigen Ausschlusses der Zwangsvollstreckung erheben.

Die Klage aus § 767 ist somit zulässig; dass sie auch begründet ist, wurde bereits oben dargethan; der Kläger hat sich in gültiger Weise verpflichtet, keine Zwangsvollstreckung vorzunehmen. Nimmt er sie dennoch vor und erhebt der Beklagte die Vollstreckungsgegenklage beim Prozessgericht erster Instanz, so hat dieses zu erkennen, dass die Zwangsvollstreckung unzulässig sei. Letztere selbst ist sodann auf Grund des neuen Urtheils gemäss § 775 Nr. 1 C.P.O. einzustellen, und zugleich sind die etwa bereits erfolgten Vollstreckungsmassregeln auf Grund des § 776 aufzuheben.

So hat also der im simulirten Prozesse verurtheilte Beklagte ein Mittel in der Hand, um die drohenden Folgen des Urtheils von sich abzuwenden. Dadurch gleicht sich denn auch der scheinbare innere Widerspruch aus, der im simulirten Prozesse liegt, und zwar sicherlich in befriedigenderer Weise als nach der Auffassung des Reichsgerichts, wonach es in diesem Falle einen nichtigen Prozess und ein unwirksames Urtheil giebt. Nicht darin ist die Eigenthümlichkeit des simulirten Prozesses im engeren Sinne zu suchen, sondern in dem Umstande, dass hier die Parteien vor Beginn des Prozesses einen wirksamen Vertrag über die Unterlassung der Zwangsvollstreckung schliessen.

Damit wäre die prinzipielle Frage gelöst, und es handelt sich im folgenden Paragraphen nur noch um die Erörterung einiger mehr nebensächlicher Fragen, die der Vollständigkeit wegen hinzugefügt wird. Einmal bleibt es nämlich zweifelhaft, wer die Kosten des simulirten Prozesses im engeren Sinne zu tragen hat. Sodann fragt es sich, ob der verurtheilte Beklagte nicht auch, ohne dass die Vollstreckung eingeleitet ist, das ihm lästige Urtheil von vornherein unschädlich machen kann.

§ 18.

3. Der Kostenpunkt.

Möglichkeit einer Feststellungsklage.

Was zunächst die Kosten des simulirten Prozesses im engeren Sinne anlangt, so wurde bereits oben darauf hingewiesen, dass in der Regel eine Abmachung darüber getroffen werden dürfte. Aber auch wenn keine ausdrückliche Vereinbarung vorliegen sollte, so darf doch der stillschweigende Wille der Parteien in der Regel dahin interpretirt werden, dass die Kosten gleichmässig zu tragen sind. Wenn zwei sich zu einem gemeinsamen Unternehmen verbinden, so ist es klar, dass mangels ausdrücklicher anderweitiger Bestimmung die Kosten des Unternehmens jedem zur Hälfte zur Last fallen; so auch im vorliegenden Falle.

Praktisch gestaltet sich die Sache nun so, dass der Beklagte verurtheilt wird, „die Kosten des Rechtsstreits zu tragen“. Wir müssen dabei wiederum zwischen gerichtlichen und aussergerichtlichen Kosten unterscheiden. Die letzteren sind unmittelbar vom Beklagten zu begleichen, soweit sie ihm selbst erwachsen sind. Dagegen hat der Kläger auf Grund des Urtheils das Recht, die ihm erwachsenen Kosten gerichtlich festsetzen zu lassen und sie sodann vom Beklagten zwangsweise beizutreiben. Beim simulirten Prozesse steht ihm jedoch derselbe Einwand entgegen, den wir bezüglich der Hauptsache im vorigen Paragraphen konstatirten: der Einwand des vertragsmässigen Ausschlusses der Vollstreckung. Verfährt der Kläger also in der oben geschilderten Weise, so dringt der Beklagte gegen ihn mit der Klage aus § 767 C.P.O. durch. Thatsächlich werden die aussergerichtlichen Kosten daher gegen einander aufgewogen.

Anders verhält es sich mit den Gerichtskosten. Diese werden entweder ganz oder zum Theil durch den Vorschuss gedeckt, den der Kläger an die Gerichtskasse zu leisten hat. Werden sie nur zum Theil gedeckt oder ist kein Vorschuss erfordert, so zieht die Gerichtskasse den Rest von der verurtheilten Partei — beim simulirten Prozess also vom Beklagten — ein. Folglich ist eine Ausgleichung ausserhalb des Prozesses erforderlich. Diejenige Partei, die nämlich die

grössere Hälfte hat zahlen müssen, ist auf Grund des abgeschlossenen Vertrags berechtigt, von der anderen Partei die Erstattung des die Hälfte der Gerichtskosten übersteigenden Betrags zu verlangen. Sie muss zu diesem Zwecke, falls der andere Theil die Erstattung verweigert, eine neue Klage anstrengen. Dadurch gelangen wir auch hinsichtlich des Kostenpunkts zu einem der Billigkeit entsprechenden Ergebnisse.

Sodann wurde noch die Frage aufgeworfen, ob der Beklagte, auch ohne dass die Einleitung der Vollstreckung erfolgt ist, ein Mittel besitzt, gegen das ihn kondemnirende Urtheil vorzugehen. Er könnte dies nur in der Weise thun, dass er eine negative Feststellungsklage erhöbe, etwa mit dem Antrage, festzustellen, dass dem Kläger nicht das Recht zusteht, die Zwangsvollstreckung aus dem fraglichen Urtheile zu betreiben.[81])

Eine solche Klage wäre an sich begründet; ihre Zulässigkeit hängt jedoch nach § 256 C.P.O. davon ab, dass der Feststellungskläger ein rechtliches Interesse an der alsbaldigen Feststellung hat. Nun ist allerdings gegen den Beklagten ein Urtheil ergangen, aus welchem der Kläger in jedem Augenblicke die Vollstreckung betreiben kann. Allein Beklagter hat ja dieses Urtheil selbst vorsätzlich mit herbeigeführt; er musste sich von Anfang an darüber klar sein, dass ein derartiges Urtheil gegen ihn ergehen könnte, und er hat trotzdem im Vertrauen auf die Redlichkeit des Klägers so gehandelt, wie verabredet war. Infolge dessen kann er jetzt so lange nicht behaupten, ein rechtliches Interesse an alsbaldiger Feststellung zu haben, bis nicht der Kläger in irgend einer Weise gezeigt hat, dass er sein Versprechen nicht halten und trotz der Abrede vom Urtheile Gebrauch machen werde. Sobald daher der Kläger mit der Zwangsvollstreckung

---

[81]) Eine Feststellungklage, die dahin ginge, dass Beklagter den im Urtheil aberkannten Betrag thatsächlich nicht schulde, oder dass das Urtheil unwirksam sei, ist wegen der materiellen Rechtskraftwirkung des Urtheils ausgeschlossen. Das Reichsgericht müsste dagegen in Verfolg seiner angezogenen Entscheidung Bd. 36 S. 249 ff. auch eine derartige Klage zulassen, was mit den Grundsätzen des Civilprozessrechts völlig im Widerspruche stehen und den Prozesszweck in vielen Fällen vereiteln würde.

droht oder in ähnlicher Weise durchblicken lässt, dass er sie einleiten werde, hat Beklagter ein Interesse an alsbaldiger Feststellung des Rechtsverhältnisses und dringt daher mit seiner Feststellungsklage durch; so lange jener sich dagegen loyal verhält, besteht ein derartiges Interesse des Verurtheilten nicht, und dieser kann daher auch nicht auf Feststellung klagen.

Endlich mag auch noch erwähnt werden, wie die Sache sich gestaltet, wenn der Beklagte dem Urtheile freiwillig, vielleicht auf eine Drohung des Klägers hin, Folge leistet, oder wenn den Parteien gerade daran gelegen war, zunächst die Zwangsvollstreckung auszuführen (vgl. Anm. 68) und es sich nunmehr um die Rückgewähr des vom Beklagten Geleisteten handelt. In diesen Fällen bleibt dem letzteren kein anderer Ausweg, als eine neue selbständige Klage auf Rückerstattung des Gezahlten anzustrengen, und zwar auf Grund der ungerechtfertigten Bereicherung (§§ 812ff. B.G.B.). Hier muss daher das materielle Recht herangezogen werden, um die durch den simulirten Prozess im engeren Sinne herbeigeführte Unebenheit auszugleichen.

II. Theil.

Betheiligung des Gerichts bei der Simulation.

1. Einverständniss des Gerichts und einer Partei.

§ 19.

Wenden wir die in § 15 erörterten Grundsätze auch auf den Fall an, wo das Gericht und eine der Parteien einen Prozessakt im Einverständnisse miteinander zum Scheine vornehmen, ohne dass die Gegenpartei von der Simulation Kenntniss hat, so ergiebt sich zunächst Folgendes. Auch hier kann von Simulation in rechtlichem Sinne nicht gesprochen werden. Denn die Kundgebung, die simulirt werden soll, muss auch der anderen Partei gegenüber erfolgen; Simulation im Rechtssinne läge daher nur dann vor, wenn auch diese Partei eingeweiht wäre, — ein Fall, der noch unten zur Sprache kommen wird. So lange die Gegenpartei indessen keine Kenntniss

von der Scheinnatur der fraglichen Prozesshandlung hat und sich damit nicht einverstanden erklärt, ist die Prozesshandlung nicht simulirt, und folglich hat hier wie bei den bisher besprochenen „simulirten" Prozessakten, bei denen nur Einverständniss der Parteien vorlag, die Kundgebung volle Gültigkeit.

Allein diese Gültigkeit ist keine so unbedingte wie in dem bisher besprochenen Falle, — und sie kann auch keine so unbedingte sein. Denn sonst wären ja unter Umständen das Gericht und die eine Partei in die Lage gesetzt, der Gegenpartei Schaden zuzufügen. Dem beugt jedoch § 580 No. 5 C.P.O. vor. Danach findet die Restitutionsklage seitens einer Partei gegen ein rechtskräftiges Endurtheil statt, wenn ein Richter bei dem Urtheile mitgewirkt hat, welcher sich in Beziehung auf den Rechtsstreit einer Verletzung seiner Amtspflichten gegen die Partei schuldig gemacht hat, sofern diese Verletzung mit einer im Wege des gerichtlichen Strafverfahrens zu verhängenden öffentlichen Strafe bedroht ist.

Nun trifft nach § 336 St.G.B. denjenigen Beamten eine öffentliche Strafe, der sich bei der Leitung oder Entscheidung einer Rechtssache vorsätzlich zu Gunsten oder zum Nachtheil einer Partei einer Beugung des Rechts schuldig macht. Und ferner bedroht § 334 St.G.B. einen Richter mit Strafe, welcher Geschenke und Vortheile annimmt oder sich versprechen lässt, um eine Rechtssache, deren Leitung oder Entscheidung ihm obliegt, zu Gunsten oder zum Nachtheil eines Betheiligten zu leiten oder zu entscheiden.

Hieraus folgt: Hat sich der Richter, der einen Prozessakt im Einverständnisse mit einer Partei zum Scheine vornimmt, vorsätzlich zu Gunsten dieser Partei oder zum Nachtheile der Gegenpartei einer Beugung des Rechts schuldig gemacht oder liegen die Voraussetzungen des § 334 St.G.B. vor, so kann die Gegenpartei das Urtheil mit der Restitutionsklage anfechten und hinfällig machen, selbst wenn es rechtskräftig geworden ist.[82]) Und zwar steht dieses Recht nur ihr zu, nicht etwa der Partei, die selbst im Einverständnisse

[82]) Ist es noch nicht rechtskräftig, so hat die Partei die ordentlichen Rechtsmittel.

mit dem Gerichte gehandelt hat. Letztere kann nicht, falls der Scheinprozess den gewünschten Erfolg nicht gehabt hat, das ergangene rechtskräftige Urtheil anfechten. Dies folgt nicht nur aus allgemeinen Gesichtspunkten, sondern auch aus der klaren Fassung des § 580 No. 5.

So ergiebt sich denn, dass die Partei, der gegenüber simulirt wird, in den Fällen des § 580 No. 5 die Wahl hat: Ist das fragliche Urtheil ihr günstig, so lässt sie es bestehen: ist es ihr ungünstig, so greift sie es mit der Restitutionsklage an.

2. Einverständniss beider Parteien und des Gerichts.

§ 20.

Führen beide Parteien im Einverständnisse mit dem Gerichte den Prozess zum Scheine, so liegt Simulation im Rechtssinne vor; es wird eine Kundgebung gegenüber sämmtlichen Personen, an die sie gerichtet ist, zum Scheine abgegeben. Hier hat man also die Berechtigung, von simulirten Prozessakten, von simulirtem Prozess im allgemeinen und sogar von simulirtem Urtheile zu reden. Verschiedene Gründe können dazu führen, dass ein Richter sich auf einen solchen Prozess einlässt[88]). Entweder er handelt ihnen lediglich zu Gefallen, indem er die zu entscheidende Rechtsfrage in der erbetenen Form des Urtheils löst. Oder er will ihnen Kosten ersparen (vielleicht sind die gerichtlichen Kosten bei einem Grundstücksprozesse geringer als die eines Kaufvertrags über das Grundstück einschliesslich Auflassungsstempel). Oder endlich er handelt im Einverständnisse mit den Parteien, in der Absicht, Dritte zu benachtheiligen (z. B. die Gläubiger des vor dem Konkurse stehenden Schuldners in dem oben § 1 Anm. 3 angeführten Falle).

Es entsteht die Frage, wie ein solcher vollkommen simulirter Prozess zu behandeln ist, insbesondere ob das im Prozess ergehende simulirte Urtheil angefochten werden kann. Und zwar haben wir zu unterscheiden:

---

[88]) Wenngleich der Fall ausserordentlich selten sein dürfte; unter der Herrschaft der Civilprozessordnung ist er — soweit mir bekannt — bisher nicht vorgekommen.

1. Ist eine Anfechtung seitens der Prozessparteien möglich?

2. Ist sie seitens benachtheiligter Dritter möglich?

Die letztere Frage, die wir vorwegnehmen wollen, beantwortet sich auf Grund des materiellen Rechts, und zwar kommen in Betracht die §§ 823 ff. B.G.B. Es besagt nämlich § 823 B.G.B., dass jeder, der vorsätzlich oder fahrlässig irgend ein Recht eines Anderen widerrechtlich verletzt, dem Anderen zum Ersatze des daraus entstehenden Schadens verpflichtet ist. Diese Voraussetzungen werden in der Regel zutreffen. In den soeben angeführten Fällen würden die Parteien in Gemeinschaft mit dem Richter vorsätzlich und widerrechtlich das Recht des Staates auf den Auflassungsstempel, würden sie das Recht der Konkursgläubiger auf das Vermögen des Gemeinschuldners verletzt haben. Selbst wenn aber § 823 nicht anwendbar sein sollte, so wird doch wenigstens § 826 B.G.B. zutreffen: Wer in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise einem Anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem Anderen zum Ersatze des Schadens verpflichtet.

Zwar haben dem zufolge benachtheiligte Dritte nicht die Möglichkeit, das ergangene Urtheil selbst umzustossen, wohl aber können sie seine schädlichen Folgen beseitigen.

Wie verhält es sich ferner mit den Parteien? Steht für sie das simulirte Urtheil als unumstössliche rechtliche Wahrheit fest? Die Civilprozessordnung bietet ausdrücklich kein Mittel, gegen das Urtheil vorzugehen; die Restitutionsklage versagt hier, da der einzig in Betracht kommende § 580 No. 5 nur der benachtheiligten Partei gegeben ist, — von einer solchen kann aber hier keine Rede sein. Desgleichen treffen in diesem Falle die Gründe nicht zu, aus denen wir oben (§ 17) die Vollstreckungsgegenklage als gegeben annahmen; denn hier fehlt die erste Voraussetzung für jene Klage, ein rechtsbeständiger Vertrag. Oben war ein solcher vorhanden, weil in dem simulirten Handeln der Parteien allein ein Verstoss gegen die guten Sitten nicht gefunden werden konnte. Hier dagegen trifft das Gleiche keineswegs zu. Ein Vertrag, in dem die Parteien vereinbaren, im Einverständnisse mit dem Richter ein simulirtes Urtheil zu er-

wirken, in dem sie sich also verpflichten, den Richter zu einer schweren — wenn auch nicht immer strafrechtlich, so doch stets disziplinarisch zu ahndenden — Pflichtverletzung zu verleiten, muss unter allen Umständen als gegen die guten Sitten verstossend und daher als nichtig angesehen werden. — Endlich würde einer Erneuerung des Prozesses durch eine selbständige Klage die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache entgegenstehen.

Und dennoch — obwohl alle diese Rechtsbehelfe versagen — ist m. E. das ergangene simulirte Urtheil nichtig, und es kann diese seine Nichtigkeit jederzeit von den Prozessparteien geltend gemacht werden. Es handelt sich hier um eine Anomalie des Rechts, um einen Fall, der von dem regelmässigen so stark abweicht, dass die gegebenen Gesetze für ihn nicht ausreichen. Die Gesetzgeber haben — das ist klar — diesen Fall nicht berücksichtigt, sie haben ihn vielleicht nicht regeln wollen, weil sie ihn für ausgeschlossen gehalten haben. Sollte er dennoch vorkommen, so kann nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen nur Eines zu einem befriedigenden Ergebnisse führen: die Analogie.

Es ist dies nicht der einzige Punkt im Gebiete des Civilprozessrechts, wo uns die Gesetze im Stiche lassen und wir auf den Weg der Analogie angewiesen sind; vielmehr giebt es verwandte Beispiele, die wir zur Erläuterung des Vorigen nicht vorenthalten wollen. Nehmen wir an, dass ein Richter zur Eheschliessung oder gar zur Vollziehung des ausserehelichen Beischlafs verurtheilte, dass er dem Kläger ein Pfund Fleisch von dem Körper des Gegners zuspräche, und dass ein solches Urtheil „rechtskräftig“ würde. Denken wir überhaupt an alle jene Fälle, wo ein geisteskranker Richter das Urtheil fällt. Auch hier versagt die Civilprozessordnung; gegen derartige Urtheile findet, sofern sie rechtskräftig geworden sind, weder die Nichtigkeits- noch die Restitutionsklage statt. Und doch wird Niemand bezweifeln, dass diese Urtheile ungültig sein müssen. Sie tragen den Kern der Nichtigkeit in sich selbst. In den ersterwähnten Fällen deshalb, weil die Rechtsordnung ein Recht auf Eheschliessung, ein Recht auf Beischlafsvollziehung, ein Recht auf den Körper des Mitmenschen nicht anerkennt, sondern im Gegentheil als unsittlich verwirft.

Letzterer Gesichtspunkt, der die Rechtsordnung in ihrer Gesammtheit beherrscht (vgl. für das Privatrecht § 138 B.G.B.), muss auch hier massgebend sein; was das Gesetz als unsittlich verwirft, das kann der Richter, der ja nur das Gesetz auszuführen hat, nicht befehlen, und würde er es dennoch befehlen, so wäre sein Urtheil von vornherein nichtig, ob es auch formell „rechtskräftig“ würde.

Was sodann den ferner herangezogenen Fall anlangt, wo ein geisteskranker Richter urtheilt, so folgt auch hier die Ungültigkeit des Urtheils aus allgemeinen Grundsätzen. Die Rechtsordnung kann und darf es nicht zulassen, dass ein derartiges Urtheil Recht schaffe; denn es liegt auf der Hand, dass das Urtheil dazu nicht im Stande ist. Auch in diesem Falle muss daher der allgemeine Grundsatz durchgreifen, der das objektive Recht beherrscht, dass rechtliche Handlungen eines Geisteskranken unwirksam sind. Für das Privatrecht spricht der § 104 B.G.B. den genannten Grundsatz klar und deutlich aus; für das Prozessrecht haben wir keine derartige ausdrückliche Vorschrift, und doch muss diese als ungeschriebenes Recht an die Spitze gestellt werden, falls sich die Rechtsordnung nicht selbst widersprechen will.

Kehren wir nunmehr zu der uns interessirenden Frage zurück, so werden wir auch da sagen müssen: die Rechtsordnung kann es unmöglich zulassen, dass ein Urtheil, welches durch Simulation sämmtlicher Prozesssubjekte einschliesslich des Gerichts zu Stande kommt, Gültigkeit habe. Liesse sie es zu, so würde dadurch das Unrecht legalisirt, mit dem Stempel „von Rechts wegen“ versehen, m. a. W. die Rechtsordnung höbe sich im konkreten Falle selbst auf. Dies ist nicht angängig; vielmehr lassen sich im Wege der Analogie Rechtsgrundsätze ermitteln, aus denen sich die Nichtigkeit des simulirten Urtheils ergiebt.

Das eine Rechtsprinzip ist für das Privatrecht ausgesprochen im § 117 B.G.B. Eine Erklärung, die im Einverständniss aller der Personen, an die sie sich richtet, zum Scheine abgegeben wird, ist eine in sich nichtige Erklärung. Dieser Grundsatz darf nicht aufs Privatrecht beschränkt werden, sondern muss ebenso gelten von öffentlichrecht-

lichen Erklärungen, Kundgebungen u. s. w., muss daher Anwendung auch finden auf das Prozessrecht, auf Klage und Urtheil.[84])

Ist schon aus diesem Grunde das erlassene simulirte Urtheil für ungültig anzusehen, so kommt hier noch ferner hinzu: der ganze Prozess, der im Einverständnisse zwischen Gericht und Parteien geführt wird, verstösst gegen die guten Sitten. Schon oben wurde hervorgehoben, dass das Urtheil im simulirten Prozesse nur ermöglicht wird durch eine schwere, disziplinarisch zu verfolgende Pflichtverletzung des Richters. Zwar ist diese Pflichtverletzung allein nicht im Stande, dem Urtheile den Stempel der Nichtigkeit aufzudrücken, da § 580 No. 5 die Restitutionsklage nur zulässt, wenn die Verletzung mit öffentlicher Strafe bedroht ist. Indessen muss hier der Gesichtspunkt massgebend sein, dass das Gericht im Einverständnisse mit beiden Parteien handelt. Dadurch wird m. E. das Urtheil zu einem gegen die guten Sitten verstossenden. Dass aber ein solches Urtheil nichtig sein muss, folgt wiederum aus allgemeinen Rechtsprinzipien. Der in § 138 B.G.B. für die Rechtsgeschäfte des Privatrechts ausgesprochene Grundsatz (Rechtsgeschäfte, die gegen die guten Sitten verstossen, sind nichtig) muss ebenso wie der des § 134 B.G.B. (Rechtsgeschäfte, die gegen ein gesetzliches Verbot verstossen, sind nichtig) allgemeine Geltung für die Rechtsordnung überhaupt, für alle denkbaren Rechtsakte beanspruchen. Ein Urtheil, das dem Beklagten auferlegte, bei einer Brandstiftung oder einer Körperverletzung mitzuwirken, wäre *ipso iure* nichtig; desgleichen auch jedes Urtheil, das gegen die guten Sitten verstösst, wie dies schon soeben ausgeführt wurde.

[84]) Es sei zum Vergleich auch der — wenigstens zum Theil — öffentlichrechtliche Akt der Eheschliessung herangezogen. Erklären beide Parteien dem Standesbeamten, die Ehe nur zum Scheine schliessen zu wollen, und nimmt der Standesbeamte diese Erklärung an, so ist im Gegensatze zu dem oben in § 15 angeführten Falle m. E. keine gültige Erklärung abgegeben und somit keine Ehe zu Stande gekommen. Ebenso Hölder, Kommentar zum Allg. Theile des B.G.B. S. 255: „Wäre die Erklärung bei ihrer Vollziehung als blosse Scheinerklärung kundgegeben, so wäre sie nicht vollzogen.“ Vgl. Leonhard, Allg. Theil S. 460 Anm. 1: „Betheiligt sich der Standesbeamte an einer beiderseits gewollten Eheschliessungskomödie, so ist fraglich, ob eine Eheschliessung überhaupt vorliege.“

Aus vorstehenden Gründen ergiebt sich nach meiner Auffassung mit Deutlichkeit, dass ein Urtheil, welches der Richter im Einverständnisse mit den Parteien zum Scheine erlässt, keinen inneren rechtlichen Bestand hat. Vielmehr ist es von Anfang an nichtig, und diese Nichtigkeit kann jederzeit von den Parteien aufgedeckt werden, ohne dass es dazu einer Nichtigkeits- oder Restitutionsklage bedarf. Das Urtheil wird in dem Moment als nicht mehr vorhanden angesehen, wo die Simulation von irgend einer Seite geltend gemacht wird.

Lebenslauf.

Am 15. März 1879 wurde ich zu Schlieben, Reg.-Bez. Merseburg, als Sohn des damaligen Kreisrichters, jetzigen Oberlandesgerichtsraths Emil Sintenis geboren. Ich gehöre der evangelischen Kirche an. Im Jahre 1885 trat ich in die Schule ein, besuchte später die Gymnasien zu Zeitz und Nordhausen a. H. und bestand Ostern 1897 auf letzterer Anstalt die Reifeprüfung. Demnächst wandte ich mich dem Studium der Rechtswissenschaften zu und studirte das erste Semester in Freiburg i. B., die folgenden drei Semester in Leipzig und die beiden letzten Semester in Breslau. Während dieser Zeit hörte ich Vorlesungen der Herren Geheimräthe Professoren Dr. Dr. Eisele, Friedberg, Sohm, Binding, Wach, Dahn, Brie, Fischer, Leonhard sowie der Herren Professoren Dr. Dr. R. Schmidt, Strohal, Hölder, Stieda, Jörs, Beling und Schott. Allen diesen Herren spreche ich an dieser Stelle meinen wärmsten Dank aus.

Am 28. Juni 1900 bestand ich beim Kgl. Oberlandesgericht zu Breslau die erste juristische Prüfung und wurde am 5. Juli desselben Jahres als Referendar vereidigt. Gegenwärtig bin ich bei der Staatsanwaltschaft zu Breslau beschäftigt.

Thesen.

1. Nicht nur der vom geistlichen Patron, sondern auch der vom Laienpatron vorgeschlagene Kleriker hat ein *jus ad rem;* das Recht des ersteren ist unbeschränkt, das des letzteren beschränkt durch das *jus variandi* des Patrons.

2. Der Ehemann ist nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche nicht verpflichtet, die Kosten eines Scheidungsprozesses, den die Frau gegen ihn anstrengen will, vorzuschiessen.

3. Die §§ 186, 189 B.G.B. finden auch Anwendung auf strafgerichtliche Urtheile (vgl. § 19 St.G.B.).

4. Vermacht ein Erblasser in seinem vor dem 1. Januar 1900 errichteten Testamente einem Pflichttheilsberechtigten „den Pflichttheil", so ist der Betrag des Pflichttheils im Zweifel nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches zu berechnen, sofern der Erblasser nach dessen Inkrafttreten stirbt.

5. Die sofortige Beschwerde gegen einen gemäss § 766 Abs. 2 C.P.O. vom Vollstreckungsgerichte erlassenen Beschluss steht nur dem Gläubiger und Schuldner, nicht auch dem Gerichtsvollzieher zu.